Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I.– IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-013-2016-00086-01
Accionante	Nuris Esther Hernández Domínguez
Accionado	E.S.E. Hospital Municipal de Magangué (hoy, E.S.E. Rio Grande de la Magdalena Magangué)
Tema	Sanción moratoria por el no pago de cesantías en el servicio social obligatorio / cesantías prescritas
Magistrado Ponente	Jean Paul Vásquez Gómez

II.– PRONUNCIAMIENTO

1. Procede la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar[1] a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia de 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.– ANTECEDENTES

Contenido: 3.1. Posición de la parte demandante; 3.2. Posición de la parte demandada; 3.3. Sentencia de primera instancia; 3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia; y 3.5. Control de legalidad.

3.1. Posición de la parte demandante

2. El 18 de mayo de 2016[2], la señora Nuris Esther Hernández Andrade presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la ESE Hospital Municipal de Magangué (Bolívar).

3. En la demanda se formularon las siguientes **pretensiones**[3]:

> *"1) Declarar administrativa y legalmente responsable a la administración de la ESE HOSPITAL MUNICIPAL DE MAGANGUE, de la mora en el pago de las acreencias reclamadas por mi mandante.*
>
> *2) Ordenar el pago de los valores relacionados en la liquidación de prestaciones sociales, por la doctora DELIDA BARRAGAN SANCHEZ, en su condición de contadora de la entidad citada, mediante la cual se reconocen:*
>
> *Bonificación por servicios prestados……...35%.....$617.159*
> *Prima de servicios……..$907.358*
> *Vacaciones……$945.165*
> *Prima de vacaciones……...$945.165*
> *Prima de navidad……$1.969.092*
> *Días festivos o de recreación……...$117.552*
> *Mes de Diciembre de 2.011…….. $1.763.28*
>
> *TOTAL……...$5.501.482*
>
> *3) Ordena el pago de las cesantías adeudadas más sus respectivos intereses por valor de un ochocientos mil, ochocientos treinta y nueve pesos ($1.880.839).*

[1] Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521, expedido el 19 de marzo de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura.
[2] Folio 28, Archivo digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
[3] Folios 7-9, Archivo digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".

4) Ordena el pago del mes de Diciembre de 2.011, que nunca fue cancelado, por un valor de un millón, setecientos sesenta y tres mil, doscientos ochenta y siete ($1.763.287).

5) A manera de restablecimiento, por el no pago oportuno de las cesantías, ordenar el pago de la sanción moratoria ordenada por el artículo 2 de la Ley 244 de 1.995, ampliada mediante Ley 1071 de 2.006 en armonía con el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, a razón de un día de salario por cada día de mora, a partir del día primero (1) de noviembre de 2.012, hasta el día que se efectué el pago definitivo, es decir, cincuenta y ocho mil, setecientos y seis pesos ($58.776) diarios, hasta el día que se cancele el total de la obligación.

6) Condenar en costas y agencias en derecho, a la parte demandada".

4. La parte demandante expuso, en síntesis, los siguientes **hechos relevantes**[4]:

5. (1) Desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 31 de octubre de 2012, ejerció el cargo de enfermera jefe en cumplimiento del servicio social obligatorio en la E.S.E. Hospital Municipal de Magangué Bolívar.

6. (2) A través de petición de fecha 14 de febrero de 2013, solicitó ante la entidad el pago de cesantías, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, el recargo de festivos o de recreación laborados; solicitud que fue resuelta el 12 de marzo del mismo año por parte de la E.S.E Hospital Municipal de Magangué, reconociendo dichos los valores, pero sin intención de pagar.

7. (3) Como consecuencia de lo anterior, presentó nuevamente peticiones el 22 de abril y 23 de septiembre de 2013, las cuales no obtuvieron respuesta.

8. (4) Destacó que no se le ha reconocido y cancelado el salario correspondiente de diciembre de 2011 y demás prestaciones sociales; además, de la sanción moratoria por cesantías adeudadas, acorde lo prescrito en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

3.2. Posición de la demandada.

9. La **ESE Hospital Municipal de Magangué (Bolívar)** No contestó la demanda.

3.3. Fallo de primera instancia

10. Mediante Sentencia de 25 de junio de 2019[5], el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió los planteamientos de la demanda en los siguientes términos: **(1)** señaló que al haber estado vinculada al servicio social obligatorio en la entidad demandada, contaba con los beneficios de empleados públicos, por ende con derechos al reconocimiento y pago de cesantías e intereses de cesantías, vacaciones, primas de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad; sin embargo, la solicitud de reconocimiento y pago de dichas prestaciones, fueron radicadas ante la E.S.E. Hospital Municipal de Magangué el 14 de febrero de 2013 y la demanda presentada el 18 de mayo de 2016, cuando había fenecido el término de prescripción trienal de dichos derechos laborales, por lo que dichas acreencias solicitadas se encuentran prescritas; **(2)** frente al reconocimiento y pago de horas extras, recargos y dominicales y festivos, no se probó por parte de la actora que hubiese laborado fuera de la

[4] Folios 3-7 Archivo digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
[5] Folios 127-151, Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".

jornada ordinaria o superado el tope máximo de horas semanales para efectos del reconocimiento solicitado; **(3)** en cuanto a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, indicó que en el caso en concreto, al no existir cancelación de las cesantías por encontrarse prescritas, se debe extender la respectiva sanción hasta el 14 de febrero de 2016, fecha en el cual la parte actora podía reclamar el pago de las cesantías antes de prescribirse, por lo que la sanción generada es desde el 20 de junio de 2013 (fecha en el cual tenía la entidad para cancelar) hasta el 14 de febrero de 2016, generando una mora de 954 días, en una suma correspondiente a $56.072.523,42; y finalmente, **(4)** no condenó en costas.

3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

11. La **parte demandada** presentó **recurso de apelación**[6] en contra de la Sentencia de primera instancia, en la que solicita se revoque el numeral cuarto de la sentencia recurrida, por cuanto la sanción moratoria reconocida se encuentra prescrita, ya que la solicitud de reconocimiento de dicha sanción fue requerida el 14 de febrero de 2013 y la demanda se radicó el 18 de mayo de 2016, trascurriendo 3 años, 3 meses y 4 días, encontrándose prescrito tal derecho.

12. Por Auto de 15 de octubre de 2020[7], esta Corporación **admitió la apelación** interpuesta por la parte demandada y, en Auto de 22 de enero de 2021[8], corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo**;** oportunidad en la que el Ministerio Publico guardó silencio.

13. La apoderada de la parte demandante aprovechó la oportunidad para rendir alegaciones finales[9], en la que indicó que la solicitud presentada el 14 de febrero de 2013, no fue resuelta en debida forma, por cuando la parte demandante se comprometió al pago de prestaciones requeridas, sin que hasta el momento hubiere actuado conforme a dicho reconocimiento, sin que se encuentre prescrito derecho alguno.

14. El apoderado de la parte demandada también presentó escrito de alegaciones finales[10], en el que se ratificó en los argumentos presentados en el recurso de apelación, además de indicar que la citada sanción moratoria no opera de manera automática sino que debe probarse la mala fe del empleador, situación que en el caso en concreto no se cumple, por cuanto la entidad accionada se encuentra en intervención forzosa administrativa y sin recursos desde el año 2017.

IV.– CONTROL DE LEGALIDAD

15. Agotadas las etapas procesales propias de esta instancia, sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

V.– CONSIDERACIONES

Contenido: 5.1 Competencia; 5.2. Síntesis de la controversia y problema jurídico de instancia; 5.3. Tesis de la Sala; 5.4. Metodología y estructura de la decisión; 5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables; 5.6. Caso concreto: análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo; 5.7 Prescripción; y 5.8. Costas.

---

[6] Folios 183-186, Archivo Digital *"01ExpedienteprimeraInstancia"*.
[7] Folios 2-4, Archivo digital *"02ActuacionesD001"*.
[8] Folio 9-10, Archivo digital *"02ActuacionesD001"*.
[9] Archivo digital, *"03AlegatosConclusionDte"*.
[10] Archivo digital. *"04AlegatosConclusionDda"*.

5.1. Competencia

16. Esta Corporación es **competente** para conocer el recurso de apelación interpuesto en este proceso de doble instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las Sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Síntesis de la controversia y problema jurídico de instancia

17. En la demanda se consideró que se debe anular el acto administrativo ficto demandado que se configura por no haberse respondido petición radicada el 21 de septiembre de 2013 en donde solicitó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por el no pago de cesantías definitivas, y en consecuencia hacer el respectivo reconocimiento equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

18. De conformidad con lo previsto en el primer inciso del artículo 328 del Código General del Proceso, deberá la Sala pronunciarse sobre los argumentos expuestos por la parte apelante, razón por la cual, el **problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar, si tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, derivada del no pago oportuno de sus cesantías definitivas, por cuanto el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria se encuentra prescrito. Para decidir, la Sala deberá tener en cuenta que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al recurrente, sin que se le pueda agravar su situación como apelante único.

5.3. Tesis de la Sala

19. La Sala estima que en el presente caso se cumplen los supuestos fácticos que permiten establecer que se causó una deuda a favor de la accionante, por concepto de la sanción moratoria por la falta de pago de las cesantías de que trata la Ley 244 de 1995, pues aun cuando las cesantías se encuentran prescritas, dicha reclamación no es accesoria a la prestación social; además, se acreditó la reclamación administrativa de reconocimiento de sanción moratoria de 23 de septiembre de 2013, encontrándose en término para la reclamación vía judicial, sin que se evidencie el fenómeno prescriptivo.

20. En ese orden, el análisis de las normas y jurisprudencia aplicable a la situación particular del demandante permiten concluir, que no le asiste razón a la entidad demandada, debiendo **confirmarse** la decisión de primera instancia.

5.4. Metodología y estructura de la decisión

21. Para resolver el problema jurídico planteado y la fundamentación de la tesis antes citada, la Sala analizará las normas y jurisprudencia aplicables (5.5.) y, posteriormente, a partir de pruebas aportadas al proceso, examinará el caso concreto (5.6.)

5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicable

22. De acuerdo con las Leyes 244 de 1995 (artículos 1 y 2[11]) y 1071 de 2006 (artículos 1 a 6[12]), el incumplimiento de los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, parciales o definitivas, da lugar a la imposición de una sanción moratoria.

23. Así, vemos como en principio, la Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año; dicha prestación se hizo extensiva a los empleados departamentales y municipales mediante el Decreto 2767 de 1945 (artículo 1º[13]) y la Ley 65 de 1946.

24. Posteriormente, el régimen de cesantías de los empleados públicos quedó consagrado en los artículos 13 y ss de la Ley 344 de 1996, y en las normas anteriores (régimen de retroactividad de las cesantías). Sin embargo, por disposición del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 "*El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los*

---

[11] ***"Artículo 1º.*** *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.* ***Parágrafo****. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
Artículo 2º. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.* ***Parágrafo****. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."*

[12] "***Artículo 1°. Objeto****. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.*
Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria...
Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. *Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:* ***1****. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.****2.*** *Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.*
Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley*. Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. *Parágrafo.* ***En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.***
Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control*. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley."* (Negrillas y subrayas nuestras).

[13] Artículo 1°. Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo."

servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990", estableciéndose lo siguiente:

"*ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.
3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.
4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, ***el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*** *(…)*" (Negrillas y subrayas nuestras)

23. Se tiene entonces que las cesantías se reconocen a los empleados públicos de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella, o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

24. Al respecto, la **Ley 1071 del 31 de julio de 2006,** que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 "*por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones*", estipuló el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria, en los artículos 4 y 5 que indican:

> ***"Artículo 4°.*** *Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de* ***las cesantías definitivas*** *o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*
>
> ***Parágrafo.*** *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*
> *Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
>
> ***Artículo 5°.*** *Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*
>
> ***Parágrafo.*** *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario,* ***un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas****, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".*

25. De conformidad con lo arriba citado, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts.

76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) (5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51), y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria.

26. En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se establecieron distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago oportuno de cesantías:

> *"(…) Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:*
> *5.3.1* ***La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.***
> ***5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.***
> ***5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.***
> ***En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:***
> ***5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.***
> ***5.3.3.2. Las reconoce oportunamente, pero las paga tardíamente.***
> ***5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.***
> ***5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.***
> ***5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.".***

27. Lo anterior implica por supuesto un esquema temporal que debe tener un punto de partida para eventuales reconocimientos judiciales por tal concepto. Es por ello que la basta jurisprudencia que existe sobre la materia, sea pacifica en señalar: *que el término para el cumplimiento de la obligación prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga de forma tardía, en los que el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, los correspondientes al término de la ejecutoria y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social*[14] .

28. A los anteriores criterios y normas no son ajenos quienes prestan el **servicio social obligatorio** dispuesto a partir de la Ley 50 de 27 de mayo de 1981, el cual debe cumplirse dentro del Territorio Nacional por todas aquellas personas con formación Tecnológica o Universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto -Ley 80 de 1980, hasta por un año, de conformidad con lo señalado en el artículo 6 de la citada ley, que en lo que a régimen salarial y prestacional se refiere, preceptuó que "*serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.*"[15]

---

[14] Cfr. Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Sentencia de 30 de marzo de 2017, NR, Rad. 08001233300020140033201.

[15] El Decreto 2396 de 1981, dictó disposiciones relacionadas con el servicio social obligatorio, en el área de la salud, estableciendo que los egresados de los programas universitarios de medicina, odontología, microbiología, bacteriología, laboratorio clínico y enfermería con formación tecnológica o universitaria, cumplirán con el servicio social obligatorio; y en relación con las disposiciones en materia de personal y remuneración, ratificó que las personas que deban cumplir con el SSO ***quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen***.
Así mismo, el Ministerio de Trabajo dispuso, con Resolución No. 795 de 1995 "*por la cual se establecen los criterios técnico administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio*", destacó que: "la *vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso la remuneración será inferior a los cargos en planta de las instituciones en la cual presten sus servicios, y* ***gozará de las mismas garantías***

29. Iguales directrices se mantuvieron con la creación del Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, a través de la **Ley 1164 de 2007**[16], para ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año, al disponer en el parágrafo 3º de su artículo 33 que se *debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales.*

30. Finalmente, en cuanto a la naturaleza ***de las Empresas Sociales del Estado y su régimen laboral****, debe señalarse, que* la Ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, prevé en el parágrafo 1° de su artículo 68, que conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del orden nacional, es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

31. Asimismo, el numeral 5° del artículo 195 de la mentada Ley 100 de 1993, que se refiere al **régimen laboral de los sujetos vinculados las Empresas Sociales del Estado**, remite en su integridad a la clasificación dispuesta en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990, según la cual aquellas personas que desempeñen cargos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales son considerados trabajadores oficiales, mientras que de los demás servidores la ley predica su condición de empleados públicos[17] (de carrera y libre nombramiento y remoción, si se trata del nivel directivo).

5.6. Caso concreto: análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo

32. A partir de los medios de prueba aportados al proceso[18], la Sala realiza el siguiente análisis crítico:

---

del personal de planta, *en cuanto a honorarios, compensatorios, etc. (...)* debiendo las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de la planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones**.** Y en su artículo 12 prescribe que los profesionales que cumplan con el SSO ***estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio"*** *(Negrita nuestra).*

[16] Por la cual se dictaron disposiciones en materia del talento humano en salud

[17] Art. 26 Ley 10 de 1990.

[18] Se aportaron al proceso lo siguientes medios de prueba**:**
(1) Resolución N° 0438 BIS de 1 de noviembre de 2011, expedida por la ESE del Municipio de Magangué (Bolívar), por medio de la cual se nombra a Nuris Esther Hernández Domínguez en el cargo de enfermera código 217 en la modalidad de servicio social obligatorio, a partir del 1 de noviembre de 2011, hasta el 31 de octubre de 2012, junto a la correspondiente acta de posesión de la misma fecha. (Fls. 14-15) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
(2) Certificación suscrita por el Jefe asistencial de la ESE del Municipio de Magangué (Bolívar), el 13 de noviembre de 2012, por medio de la cual se hace constar que Nuris Esther Hernández Domínguez laboró en dicha entidad en el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2011 al 31 de octubre de 2012, con asignación de $1.763.287,00, (Fl. 15) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
(3) Resolución No. ALG 20121031-2 de 31 de octubre de 2012, expedida por la ESE del Municipio de Magangué (Bolívar), por medio de la cual se ordenó la terminación del periodo rural a la señora a Nuris Esther Hernández Domínguez por cumplimiento del término legal de servicios prestados como enfermera del servicio social obligatorio. (Fl.17) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
(4) Derecho de petición de 14 de febrero de 2013, por medio de la cual la señora Nuris Esther Hernández Domínguez, solicitó ante la ESE del Municipio de Magangué (Bolívar) el pago de su liquidación laboral y todas las prestaciones a que haya lugar (Fl. 21) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
(5) Derecho de petición de 23 de septiembre de 2013, por medio de la cual la señora Nuris Esther Hernández Domínguez, solicitó ante la Jefe de talento humano de la ESE del Municipio de Magangué (Bolívar) el reconocimiento y pago de: i) salario del mes de diciembre; ii) horas extras, dominicales y festivos, el trabajo realizado

33. En el caso en concreto, se encuentra probado que la demandante Nuris Esther Hernández Domínguez, fue nombrada en el cargo de Enfermera del Servicio Social Obligatorio en la E.S.E. Municipio de Magangue (Bolívar) , donde prestó sus servicios por un año – desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 31 de octubre de 2012 –, tal como además consta en el certificado que reposa a folio 15, y que se relaciona al pie de esta página; lo que demuestra vinculación legal y reglamentaria de la accionante, y que en virtud de dicho vínculo se debieron cancelar salarios y prestaciones como cualquier otro empleado de planta de la citada entidad hospitalaria.

34. Como consecuencia de la terminación del vínculo legal y reglamentario, el 14 de febrero de 2013[19] la parte demandante solicitó el pago y reconocimiento de su liquidación y prestaciones sociales, incluyendo entre ellas las cesantías; sin embargo, la Juez de primera instancia indicó que dichas prestaciones se encuentran prescritas, aspectos que no fueron objeto de apelación, razón por la cual la Sala no hará pronunciamiento en torno a ello.

35. Ahora bien, en lo que si fue objeto de apelación, esto es la sanción moratoria reconocida a favor de la demandante, debe precisar la Sala en lo siguiente: la parte demandante el 23 de septiembre de 2013[20] solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías ante la E.S.E. Municipio de Magangue (Bolívar), por lo que aun cuando las cesantías no han sido canceladas ni reconocidas por encontrarse prescritas, la sanción moratoria debe reconocerse por ser un sanción no accesoria a las prestación social de cesantías.

36. En esa misma línea, tal como lo ha mencionado el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016*:*

> *"Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".*
> *Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación"*[21].

37. De conformidad con lo anterior, la Sala considera que la parte demandante cuenta con el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria; en atención a que la solicitud de reconocimiento presentada por la actora fue el 23 de septiembre

---

en jornada nocturna y descanso obligatorio; y iii) indemnización moratorio por incumplimiento de pago de prestaciones sociales (cesantías). (Fls.18-19) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
(6) Liquidación de prestaciones sociales expedida por la oficina de talento humano de la ESE del Municipio de Magangué (Bolívar), por medio de la cual se evidencia que fueron canceladas las prestaciones sociales de prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, sin que se cancelara las cesantías y los intereses de estas, por una suma de $5.501.482. (Fl. 25) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
(7) Liquidación de prestaciones sociales expedida por la oficina de talento humano de la ESE del Municipio de Magangué (Bolívar), por medio de la cual se evidencia que fueron canceladas las prestaciones sociales de prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías y los intereses de estas, por una suma de $7.890.648. (Fl. 78, 81) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
(8) Oficio No.0200001148557900 de 31 de enero de 2018, por medio del cual Porvenir certificó que la señora Nuris Esther Hernández Domínguez, no tiene cuenta con dicha administradora. (Fl. 68) Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
[19] Véase los folio 21, Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
[20] Véase los folios 28-19, Archivo Digital "*01ExpedientePrimeraInstancia*".
[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016 Radicado interno No. 0528-14.

de 2013 y la demanda radicada el 18 de mayo de 2016, cuando se encontraba en término para solicitar ante la jurisdicción contenciosa, su reconocimiento y pago.

38. En esa medida, con el fundamento normativo y jurisprudencial expuesto, la entidad demandada, contaba con los siguientes plazos para reconocer y pagar el concepto de cesantías reclamado:

Actuación	Límite de la entidad	Fundamento normativo
Radicación de la solicitud: **14 de febrero de 2013**	**15 días**	Artículo 4 Ley 1071 de 2006
Expedición del acto administrativo de reconocimiento: **No hubo expedición**	**7 de marzo de 2013**	Artículo 4 Ley 1071 de 2006
Ejecutoria del acto administrativo (**10 días**)	**Hasta el 21 de marzo de 2013**	Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011
Pago de la obligación en el caso concreto: **sin cancelación.** (**45 días**)	Hasta el **30 de mayo de 2013**	Artículo 5 de la Ley 1071 de 2006

39. Lo anterior quiere decir que, la entidad accionada no profirió resolución de cesantías dentro de los 15 días que prevé la norma, ni realizó el pago en los términos que consagra el ordenamiento el cual se retoma como parámetro de temporalidad dentro de las distintas providencias en cita, lo que permite concluir que, en el caso concreto, la entidad incurrió en la mora que alega la parte demandante, y que se reconoce en primera instancia.

40. En lo que respecta al reconocimiento de la sanción moratoria definida por la Juez de Primera, comparte la Sala lo decidido, en el entendido que la entidad superó los plazos legales para proceder con el pago por concepto de cesantías, resultando claro que la demandada, se hizo acreedora de la sanción moratoria reclamada, equivalente a **1 día de salario por cada día de mora** en el pago de la prestación aludida, teniendo como base para su liquidación la asignación básica ($1.763.287,00) al tiempo en que se inició la mora.

5.7. Costas

41. En cuanto a las costas en segunda instancia, no habrá lugar a su imposición, teniendo en cuenta que las pruebas en la presente etapa procesal no demuestran su causación, en virtud de los principios de equidad y proporcionalidad.

VI.– DECISIÓN

44. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría enviar el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en Justicia Web TYBA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 006 de la fecha.

JEAN PAUL VÁSQUEZ LÓPEZ
MAGISTRADO

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
MAGISTRADA