



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO-SUCRE

Sincelejo, diecinueve (19) de julio del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **70001.33.33.005.2012.00037.00**
Demandante: **VIVIAN ESTHER FLÓREZ BARRETO**
Demandado: **MUNICIPIO DE CHALÁN**

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por la señora VIVIAN ESTHER FLÓREZ BARRETO mediante apoderado judicial, contra el MUNICIPIO DE CHALÁN.

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1 – Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado como consecuencia del silencio administrativo negativo que ha tenido el Municipio de Chalán frente al derecho de petición presentado por la demandante el día 26 de junio de 2009.

2 -Como consecuencia de la nulidad del acto administrativo antes mencionado y a título de restablecimiento del derecho se condene al Municipio de Chalán a realizar la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones a favor de la señora Vivian Esther Flórez Barreto correspondiente a los períodos del 13 de enero de 2006 hasta el 30 de junio de 2006, sumas que ascienden aproximadamente a tres millones de pesos M/L \$3.000.000, sumas que deberán ser indexadas.

3- Que igualmente a título de Restablecimiento del Derecho se condene al **MUNICIPIO DE CHALAN**, a pagar a favor de la demandante la sanción moratoria, haciendo su respetiva liquidación y pago por el no pago oportuno de las mismas conforme a la ley 244 de 1995, artículo 1, 2, y Parágrafo, en concordancia con la norma vigente, ley 1071 de 2006, artículo 4, 5, y parágrafo, sanción que deberá iniciar desde el día 30 de septiembre de 2009, hasta el día que se haga el pago total de la misma. Inicia dicha sanción desde el día 30 de septiembre de 2009, toda vez, que a esa fecha se cumplieron los 65 días hábiles en que se debió pagar dicha sanción, por valor de \$30.684 diarios es decir, corresponde a la sumatoria de los 15 primeros días para resolver la petición, mas los 45 días que se tiene para el pago, esto conforme a la actual jurisprudencia del Consejo de Estado frente a este tema. Por lo tanto a la fecha de presentación de la demanda 13 de agosto de 2012, arroja unos mil treinta y cuatro días (1048) de Mora que arroja una suma aproximada de Treinta y Dos Millones Ciento Cincuenta y Seis Mil Ochocientos Treinta y Dos Pesos M/L. (\$32.156.832,00), mas las que se generen hasta tanto se haga el pago total y definitivo de las mismas, sumas de dinero que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago.

4- Que el Municipio de Chalán dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y reconocerá los intereses que trata el Inciso final del Art. 177 ibidem, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, si se dan sus presupuestos, hoy con el nuevo Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, se supedita a los artículo 192, y 195 numeral 4.

5- Que el Municipio de Chalán al momento de cancelar, deberá actualizar la sentencia conforme al índice de precios al consumidor, en los términos del Art. 178 del C.C.A, hoy el artículo 187 del nuevo código C.PAC.A aplicando la siguiente formula: $VA = Vh * IPC \text{ FINAL} / IPC \text{ INICIAL}$.

6- Que se condene al Municipio de Chalán al pago de las costas del proceso y de los honorarios profesionales del abogado gestor, conforme a la ley 1437 de 2011.

7- Las anteriores sumas de dinero deberán ser reconocidas debidamente indexadas al momento en que efectivamente se haga el pago.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Expresa la parte actora que la señora Vivian Esther Flórez Barreto laboró como empujada pública en el cargo de Secretaria de Educación del Municipio de Chalán, durante el período comprendido entre el 13 de enero de 2006 hasta el 30 de junio de 2006, fecha última en que fue declarada insubsistente.

Que el día 26 de junio de 2009, la demandante elevó derecho de petición ante el Alcalde municipal de Chalán a fin de que liquidara, reconociera y pagara las sumas correspondientes a los conceptos de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones por el período comprendido entre el 13 de enero de 2006 hasta el 30 de junio de 2006, y se le advirtió las consecuencias del no pago oportuno de las cesantías e intereses de cesantías reclamadas en los términos de la Ley 244 de 1995, artículo 1º y 2º, hoy reglamentadas por la Ley 1071 de 2006, artículos 2 y 4. Anotando que al municipio referido no le ha importado la sanción moratoria que debe pagar.

Que las pretensiones de la demanda interpuesta no han caducado ni prescrito, en razón a que el término se interrumpió el día 26 de junio de 2009. Y que, dado a que en el asunto se está frente a un acto ficto o presunto negativo configurado por la no respuesta de la entidad accionada, el mismo puede ser demandado en cualquier tiempo, y como quiera que el 08 de junio de 2012 se interrumpió la prescripción que operaba el 27 de junio de 2012, así una vez entregada la certificación de no conciliación, 01 de agosto de 2012, quedan 19 días para la presentación de la demanda, hasta el 19 de agosto de 2012, sin existir hasta esa fecha prescripción de los derechos reclamados.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones: Constitucionales: Artículos 2º, 6º, 13º, 122º y 209; Legales, artículo 12 de la Ley 4º

de 1992, artículo 3° del C.P.A.C.A, Ley 244 de 1995 regulada por los artículo 4° y 5° de la Ley 1071, y Ley 432 de 1998.

Expresa el actor en su concepto de violación que los artículos Constitucionales referidos fueron violados por el Municipio de Chalán al no dar respuesta alguna al derecho de petición elevado ante esa entidad el día 26 de junio de 2009, desconociendo así los fines esenciales del Estado ya que a través de los servidores públicos se debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Además de ello indica que la omisión de no dar respuesta viola flagrantemente los artículos citados en razón a que se trata de derechos ciertos e indiscutibles como lo son las cesantías y los derechos inherentes a ellas. Así mismo señala que con la configuración del acto ficto negativo que aquí se impugna se está violando los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad contenidos en el artículo 209 de la Constitución, por ende dicho acto es ilegal.

De otra parte manifiesta que la entidad demandada con su conducta omisiva violó la Ley 4 de 1992, artículo 12 referida a que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En ese orden la cesantía es una prestación social concedida en la ley al empleado, la cual tiene un carácter imperativo, irrenunciable y respecto a ella no se pueden cambiar sus modalidades sino dentro de los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico y preservando los derechos adquiridos. Así, la conducta del Municipio de Chalán al negar el reconocimiento y ordenar el pago de las otras prestaciones sociales reclamadas se pretermitió las leyes que regulan la materia.

Considera además que el ente territorial demandado estaba en la obligación de reconocer los derechos solicitados en los términos de la ley 244 de 1995, y que al no hacerlo se constituye un eventual prevaricato por omisión en el respectivo funcionario.

Finalmente, señaló que se violó la ley 432 de 1998 ya que al Municipio de Chalán como empleador le asistía la obligación de realizar de manera oportuna la consignación de aportes mensuales o envío de reportes de cesantías debidamente diligenciados, de lo contrario incurre en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 17 de septiembre de 2012, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el día 18 de septiembre de 2012, y a la entidad demandada el 16 de octubre de 2012 a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 31 y 37 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: En el presente asunto la entidad demandada, Municipio de Chalán, no presentó contestación de demanda.

C –AUDIENCIA INICIAL. – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de 04 de marzo de 2013, y celebrada el día 09 de mayo de 2013, a las 09:30 AM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente grabación de video y audio, la cual se encuentra incorporada a folio 51 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 46 al 50.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – En audiencia inicial, como quiera que hubo lugar a la práctica de pruebas, se dispuso fijar el 05 de junio de 2013, a las 02:30 PM como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada, con el recaudo de las pruebas documentales decretadas, tal como consta en la correspondiente grabación de video y audio, la cual se encuentra incorporada a folio 70 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 67 al 69.

E – ALEGACIONES. – Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión. Sin embargo, las partes guardaron silencio en esta etapa.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

EL PROBLEMA JURÍDICO. – En este caso se contrae a determinar si la demandante señora Vivian Esther Flórez Barreto como empleada del municipio de Chalán, le asiste el derecho a que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales tales como cesantía, intereses de cesantías, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, por el período laboral comprendido entre el 13 de enero de 2006 hasta el 30 de junio del mismo año, así como también se le reconozca la sanción moratoria contenida en la ley 244 de 1995; todo ello, una vez se desvirtúe la presunción de legalidad del acto ficto acusado.

Para resolver el anterior planteamiento se entraran a estudiar los siguientes aspectos: 1. Régimen legal y prestacional de los empleados territoriales.; 2. Material probatorio, y 3. Caso Concreto.

1. RÉGIMEN LEGAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS TERRITORIALES.-

El artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, establece que:

“El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de éstos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.”

Luego, el Decreto 1919 de 2002 señala que el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel territorial, es aquel al cual tienen derecho los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del nivel nacional, así mismo regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

En ese orden, a los empleados públicos vinculados o que se vincularen a las entidades descentralizadas de la rama ejecutiva de los niveles departamental,

distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales tendrían derecho a prestaciones sociales tales como: prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, subsidio familiar, auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, calzado y vestido de labor, pensión de jubilación, indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pensión de invalidez, indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, pensión de sobreviviente, auxilio de maternidad, auxilio por enfermedad, indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional; auxilio funerario, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico. Todo ello de conformidad con lo previsto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

1.1 AUXILIO DE CESANTÍAS

La cesantía es una prestación social, que tiene por objeto servirle de soporte económico al trabajador o empleado que ha quedado cesante como consecuencia de la terminación del vínculo laboral¹, por tanto hay lugar a su reconocimiento y pago cuando se disuelve el vínculo entre el funcionario y el Estado.

Como marco normativo se tiene que las disposiciones más relevantes en la materia son:

- Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal a) estableció por primera vez para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero teniendo en cuenta sólo los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

- Ley 65 de 1946, dispuso: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho a auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro”*

- Los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 establecieron los parámetros a tener en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías.

¹ Dr. Álvaro Quintero Sepúlveda, Libro Manual de prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, 1ra edición 2004, página 116.

- Decreto-Ley 3118 de 1968 eliminó la liquidación retroactiva de las cesantías para los empleados públicos de la Rama ejecutiva del orden nacional, ya que dio inicio a un nuevo sistema de liquidación anual de cesantías. También, se creó el Fondo Nacional del Ahorro, y en su artículo 3° indicó que:

“Deberán liquidarse y entregarse al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a las disposiciones del presente decreto, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional.”

- El Decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, dispuso:

Artículo 40°.- Del auxilio de cesantía. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía se sujetará a lo dispuesto en las normas legales o convencionales sobre la materia.

-. La Ley 344 de 1996 continuó el proceso de desmonte de la retroactividad de las cesantías iniciado con el Decreto 3118 de 1968, e hizo extensivo el nuevo sistema anual para aquellos servidores públicos vinculados o que se vincularan a partir del 1° de enero de 1997, a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel, nacional, departamental municipal o distrital. Así el artículo 13 ibídem estableció que:

“ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Así, todos los empleados oficiales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 quedaron amparados por el régimen de liquidación anual de cesantías. A su turno, el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 reglamentario del artículo 13 ibídem indicó que:

*“El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 **que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel **que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998.***

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6° de la ley 432 de 1998”.

En ese orden, el artículo 5 de la Ley 432 de 1.998 prescribe:

“AFILIACION DE SERVIDORES PUBLICOS. A partir de la vigencia de la presente Ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos que se afilien voluntariamente al Fondo Nacional de Ahorro sólo podrán trasladarse a una sociedad administradora de fondos de cesantías, transcurridos tres años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.”

Seguidamente, el artículo 6 de la Ley 432 de 1.998 establece:

TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS. *<Artículo modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniéndose en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.*

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en las faltas disciplinarias de conformidad con el régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.

PARÁGRAFO. Las fechas estipuladas en este artículo para el cumplimiento de la obligación de transferencia no serán aplicables a las entidades públicas empleadoras del orden departamental y municipal, el régimen establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en lo relacionado con las fechas de transferencia de cesantías, y demás normas que la reglamenten, modifiquen o sustituyan.

Así, tenemos que en el sector territorial existen, tres regímenes de liquidación y manejo del auxilio de cesantía, así **(I)** el sistema retroactivo, regulado por la Ley 6ª de 1945 y disposiciones concordantes, que se aplica a los servidores vinculados con anterioridad al 30 de diciembre de 1996; **(II)** el sistema de liquidación anual administrado por los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, regulado por la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, que cubre a los servidores vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996 y a los que a él voluntariamente se acojan; y **(III)** el sistema administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, regulado inicialmente en el nivel nacional a partir del Decreto 3118 de 1968 y aplicable al sector territorial sólo con la entrada en vigencia de la Ley 432 de 1998², que rige a aquellos servidores que se afilien a él.

1.2 INTERÉS A LAS CESANTÍAS

El beneficio de los intereses sobre las cesantías cubre a los empleados vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, luego de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996. Si el empleado se encuentra afiliado a un fondo privado deberá aplicarse lo dispuesto en el numeral °2 del artículo de la Ley 50 de 1990 referido a que 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.

Los empleados afiliados al Fondo Nacional de Ahorro también tienen derecho al reconocimiento de intereses a las cesantías en los términos del artículo 12 de la Ley 432 de 1998:

² “ARTICULO 5o. AFILIACION DE SERVIDORES PUBLICOS. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

(...)

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

(...)

PARAGRAFO. En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.”.

Artículo 12°.- Intereses sobre cesantías. *A partir del 1° de enero de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, un interés equivalente al 60% de la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondiente al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente.*

Los intereses de cesantía varían dependiendo del sistema al cual se encuentre afiliado el trabajador. Para los fondos privados los intereses están a cargo del empleador mientras que en el Fondo Nacional del Ahorro es ésta misma entidad quien se encarga de conceder los intereses.

1.3 INDEMNIZACIÓN MORATORIA.-

Como forma de contrarrestar los efectos negativos que en la mayoría de situaciones tiene la separación de un empleo o puesto de trabajo, el legislador quiso establecer un término perentorio dentro del cual la entidad empleadora reconociera y pagara las cesantías definitivas al ex servidor público³, so pena de que se generara una sanción moratoria a su cargo.

La Ley 244 de 1995 determinó los términos para el pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos, y estableció sanciones sobre el particular:

“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 hacen 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 de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

³ En la exposición de motivos del proyecto de Ley que a la postre se convirtió en Ley 244 de 1995, se precisó: “(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘... el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’ ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias (...)” Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

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 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 éste.”⁴

Conforme a lo anterior, se tiene que la indemnización moratoria es una sanción a cargo del empleador tardío y a favor del trabajador, creada con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley; donde el espíritu es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando entre otros asuntos una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

Así entonces no se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías se genere únicamente ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca, porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo, o no lo expida, ya que el término como ya se indicó en líneas anteriores es de 65 días hábiles, con los que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo de las cesantías, los cuales se contabilizan a partir de la fecha en que se realiza la solicitud por parte del interesado, si esta reúne los requisitos necesarios para su reconocimiento

Respecto al momento a partir del cual se cuenta el plazo legal referido en las normas transcritas el Consejo de Estado⁵ acogiendo el criterio sentado por la Sala Plena en sentencia de 27 de marzo de 2007, Exp. No. 200002513 C. P. Jesús María Lemos Bustamante, indicó que:

Cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera

⁴ Subrogada por la Ley 1071 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006.

⁵ Sentencia de 21 de octubre de 2010, Sección segunda, subsección A. Rad.08001-23-31-000-1999-01207-01(1912-08)M.P Dr. Gustavo Gómez Arangure.

la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

De los artículos transcritos, se deduce, que si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244/95, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación definitiva de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho⁶ que cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación total de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Como ya se vio, el Tribunal encontró probado que, pese a que al actor se le liquidó un periodo de cesantías, dejó por fuera las cesantías por el último periodo laborado (1 de enero de 1996 al 16 de mayo de 1996), cuyo reconocimiento y pago se ordenó en la sentencia apelada.

Para la Sala resulta claro entonces que ante la injustificada omisión de la Administración para reconocer el saldo de esas cesantías, los términos de la Ley 244 de 1995, deben contarse a partir del acto que las liquidó incompletas (Resolución No. 673 de 9 de julio de 1996), para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción.

En ese mismo sentido, el alto Tribunal recientemente en sentencia de 28 de junio de 2012⁷, señaló:

“El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías.

El plazo de 45 días que la norma le da a la administración para proceder al pago del derecho, empieza a contabilizarse una vez han transcurrido los 15 días siguientes a la radicación de la petición y con los cuales cuenta la administración para emitir un pronunciamiento de fondo, adicionados por los 5 de ejecutoria del acto de reconocimiento y liquidación, éste y no otro puede ser el sentido de la disposición, puesto que si se aceptara que el término empieza a contabilizarse una vez expedido el acto administrativo, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.”

⁶ Sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil siete (2007), Exp. No. 760012331000200002513 01, No. Interno: 2777-2004, M.P. Jesús María Lemus, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

⁷ Sección segunda, subsección B, 08001-23-31-000-2009-00718-01(1682-11)C.P Gerardo Arenas Monsalve

(...)

Para resolver el problema jurídico, la Sala reitera que los artículos 1° y 2° de la pluricitada Ley 244 de 1995, consagran un plazo para que la administración proceda a expedir el acto de reconocimiento y liquidación del auxilio de cesantías y realice el pago efectivo de dicha prestación, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sección⁸, aclarando que cuando la administración ha expedido el acto de reconocimiento del auxilio de cesantías, “(...)la sanción moratoria 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 (art. 62 del C.C.A.)”.

Así las cosas, la normatividad es muy clara al señalar que la sanción se causa cuando la administración incurre en mora en el pago de las cesantías previamente liquidadas mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado.

Ahora bien, en aquellos eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo los casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso. (Subrayas del despacho)

Ahora, en tratándose de la ocurrencia del silencio administrativo negativo, la contabilización del término a partir del cual inicia la sanción moratoria es peculiar toda vez que no existe un acto de reconocimiento o liquidación como tal. Respeto a éste tópico el Tribunal de Cierre⁹, ha manifestado:

“Lo anterior, permite afirmar que la demandante prestó sus servicios en forma personal, bajo una continuada subordinación laboral y recibió una remuneración económica.

En sede administrativa, como en sede judicial, la entidad demandada guardó silencio respecto de las pretensiones incoadas por Gloria Cecilia Cuesta Córdoba.

.....

En consideración entonces a los servicios prestados a la administración municipal, le asistió el derecho al reconocimiento y pago de sus salarios y prestaciones sociales, tal y como lo ordenó el Tribunal en su sentencia.

Ahora bien, conforme al artículo 1° de la Ley 244 de 1995¹⁰, las entidades empleadoras, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2° de la misma ley, tienen un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo, para cancelar la prestación.

⁸ Sentencia de 8 de abril de 2010), Radicación número: 73001-23-31-000-2004-01302-02(1872-07), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

⁹ Sección segunda, subsección A. Rad. 27001-23-31-000-2000-00615-01(7749-05). C.P Alfonso Vargas Rincón

¹⁰ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establece sanciones y se dictan otras disposiciones

No obstante haberse vencido ampliamente los términos estipulados en la ley, la administración municipal no ha reconocido cesantías definitivas a que tiene derecho la demandante, lo que equivale a haber incurrido en mora y, por lo tanto, obligada al pago de una indemnización en los términos del parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995.

Así entonces, si los 15 días hábiles para la expedición del acto de liquidación se cumplieron el 26 de mayo de 2000 y los 45 días hábiles con los que contaba la entidad demandada para pagar la prestación se cumplieron el 3 de agosto de 2000, la sanción de que trata el parágrafo del artículo 2° de la mencionada ley se aplicará a partir de esta última fecha y hasta el momento en que el Municipio de Bahía Solano proceda a hacer efectiva dicha acreencia laboral.

En tal caso, la entidad demandada reconocerá a favor de Gloria Cecilia Cuesta Córdoba un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, desde el 3 de agosto de 2000 y hasta cuando reconozca y pague el auxilio de cesantías.

En esas condiciones, la Sala revocará el numeral tercero de la sentencia del Tribunal Administrativo, en su lugar ordenará el pago de una indemnización moratoria.

1.4 PRIMA DE SERVICIOS.- Aparece consagrada en el Decreto 1042 de 1978 que estableció la escala de remuneración de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, y la fijó como factor salarial para dichos empleos, la cual aparece regulada en los artículos 58, 59 y 60 del decreto en mención, así:

***Artículo 58°.- La prima de servicio.** Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.*

Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

***Artículo 59°.- De la base para liquidar la prima de servicio.** La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:*

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.*
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- c) Los gastos de representación.*
- d) Los auxilios de alimentación y transporte.*
- e) La bonificación por servicios prestados.*

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

Artículo 60°.- Del pago proporcional de la prima de servicio. Cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando un funcionario pase del servicio de una entidad a otra, el tiempo laborado en la primera se computará para efectos de la liquidación de esta prima, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio

Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles entre el retiro de una entidad y el ingreso a otra.

Conforme las normas precedentes se puede concluir: a) que la prima de servicios es una acreencia laboral de naturaleza salarial y no prestacional, y b) que fue establecida para los empleados del orden nacional, no encontrándose incluidos entonces los empleados del orden territorial.

No obstante, es de recordar que el gobierno nacional a través del Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002 dispuso que los empleados del orden territorial gozaran del mismo régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Sin embargo, como quiera que la extensión para dichos empleados se hizo respecto del régimen prestacional, y como ya se advirtió la prima de servicio no tiene esa naturaleza, sino que es salarial, se hace necesario entrar a determinar de acuerdo al precedente jurisprudencial de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado si esa acreencia laboral es aplicable a los empleados territoriales.

La Subsección “B” de esa Corporación en sentencia de fecha 23 de agosto de 2007, C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 0176-2004, precisó que si bien la prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fue establecida para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial, en virtud del derecho a la igualdad también es aplicable a los empleados del orden territorial, para lo cual inaplicó la expresión “del orden nacional” contenida en el art. 1º de ese decreto,

para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional. Posición que fue reiterada en fallos posteriores¹¹, en los siguientes términos:

“La prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fue establecida para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional.

En criterio de la Sala, se inaplica la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a los empleados del orden territorial.

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1° que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”. (Resaltado fuera del texto)

Posteriormente en sentencia de fecha 16 de abril de 2009, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad. No. 08001-23-31-000-2002-01739-01(0694-07), esa misma Sección ratifica la posición fijada en el fallo citado del año 2007, precisando que la prima de servicios a pesar de estar contemplada en normas referentes a empleados del orden nacional, en virtud del derecho a la igualdad, es aplicable también a los empleados del orden territorial.

1.5 PRIMA DE NAVIDAD

La prima de navidad se encuentra establecida en el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, el cual expresa:

Artículo 32°.- De la prima de Navidad. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecido otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

¹¹ Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2007, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, rad. No. 15001-23-31-000-2001-00073-01(5200-05), actor: Bernardo Cachón Meléndez y otros. Y sentencia de fecha 25 de septiembre de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 5816-2005, actor: Mónica Perpetua Casanova Zamora.

Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

1.6 VACACIONES

El Decreto 1848 de 1969, que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales; establece:

ARTICULO 43. DERECHO A VACACIONES. *1. Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.*

2. El personal científico que trabaje al servicio de campañas antituberculosas, así como los que laboren en el manejo y aplicación de rayos X y sus ayudantes, tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada seis (6) meses de servicios

3. Los trabajadores oficiales ocupados en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, tienen derecho a vacaciones proporcionales por las fracciones de año, cuando no alcancen a completar un año de servicios.

ARTICULO 44. CÓMPUTO DEL TIEMPO DE SERVICIOS. *1. Para los efectos de las vacaciones remuneradas, no se considera interrumpido el tiempo de servicios, en los casos de suspensión de labores motivada por enfermedad, hasta por ciento ochenta (180) días, accidente de trabajo, hasta por el mismo término de incapacidad, licencia por maternidad, goce de vacaciones remuneradas, cumplimiento de funciones públicas de forzosa aceptación, licencias y permisos obligatorios.*

2. En los demás casos de suspensión de labores, no previstos en el presente artículo, se descontará el tiempo en que el empleado oficial deje de prestar sus servicios, para efectos del cómputo del tiempo de servicios requerido para el goce de vacaciones remuneradas.

ARTICULO 45. GOCE DE LAS VACACIONES. *Causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho*

ARTICULO 48. *El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten se pagará con base en el salario devengado por el empleado oficial al tiempo de gozar de ellas.*

PARÁGRAFO. *El mencionado pago deberá efectuarse por su cuantía total y con una antelación no menor a cinco (5) días, contados desde la fecha señalada para iniciar el goce de las vacaciones, con el fin de que el empleado pueda organizar con la anticipación suficiente su plan de descanso*

Luego, el Decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, se dispuso:

“ARTÍCULO 8°.- DE LAS VACACIONES. *Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales.*

En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.

ARTÍCULO 12°.- DEL GOCE DE VACACIONES. *Las vacaciones deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas.*

ARTÍCULO 23°.- DE LA PRESCRIPCIÓN. *Cuando sin existir aplazamiento no se hiciera uso de vacaciones en la fecha señalada, el derecho a disfrutarlas o a recibir la respectiva compensación en dinero prescribe en cuatro años, que se contarán a partir de la fecha en que se haya causado el derecho. El aplazamiento de las vacaciones interrumpe el término de prescripción, siempre que medie la correspondiente providencia. Solo se podrán aplazar hasta las vacaciones correspondientes a dos años de servicio y por las causales señaladas en este decreto.*

De igual forma la Ley 995 de 2005, por medio de la cual se reconoce la compensación en dinero de las vacaciones a los trabajadores del sector privado y a los empleados y trabajadores de la administración pública en sus diferentes órdenes y niveles; se estableció:

Artículo 1°. **DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.** *Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.*

1. 7 PRIMA DE VACACIONES.- Aparece regulada especialmente en el Decreto 1045 de 1978, “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”; en las siguientes disposiciones:

ARTICULO 24. DE LA PRIMA DE VACACIONES. *La prima de vacaciones creada por los decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas*

normas. De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior.

ARTICULO 25. DE LA CUANTIA DE LA PRIMA DE VACACIONES. *La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio.*

ARTICULO 26. DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE SERVICIO. *Para efectos del cómputo de tiempo de servicio para el reconocimiento de la prima de vacaciones, se aplicará la regla establecida en el artículo 10 de este decreto. .*

ARTICULO 28. DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE VACACIONES. *La prima de vacaciones se pagará dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del descanso remunerado.*

ARTICULO 29. DE LA COMPENSACION EN DINERO DE LA PRIMA VACACIONAL. *La prima de vacaciones no se perderá en los casos en que se autorizare el pago de vacaciones en dinero.*

ARTICULO 30. DEL PAGO DE LA PRIMA EN CASO DE RETIRO. *Cuando sin haber disfrutado de sus vacaciones un empleado se retirare del organismo al cual estaba vinculado por motivos distintos de destitución o abandono del cargo, tendrá derecho al pago de la correspondiente prima vacacional.*

ARTICULO 31. DE LA PRESCRIPCION DE LA PRIMA VACACIONAL. *El derecho a percibir la prima vacacional prescribe en los mismos términos del derecho a vacaciones.*

Prestación que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002, (27 de agosto), se aplica también a los empleados del orden territorial, al disponer que dichos empleados **gozaran del mismo régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional**; y al ser la prima de vacaciones de naturaleza prestacional de acuerdo al Decreto 1045/78, es claro que ella es aplicable a partir de la fecha en que entró a regir ese decreto a los empleados del orden territorial; como así lo ha indicado expresamente el H. Consejo de Estado¹².

Síntesis Normativa- De conformidad con lo ya anotado se tiene que, los empleados de las entidades territoriales en cuanto a prestaciones laborales sólo tenían derecho al Auxilio de cesantías, los Intereses de Cesantías, y a partir del 1º de enero de 1997 a las Vacaciones, la Prima de Navidad, y el suministro de Dotaciones. Y si bien el Decreto 2712 de 1999, dispuso para liquidar sus cesantías los mismos factores que para los del orden nacional, al restringir la norma exigiendo que siempre y cuando “*hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal*”, la disposición resultó nugatoria, puesto que la mayoría de esos factores, que son prestaciones, no los devengaban legalmente los empleados públicos territoriales.

¹² Providencia de fecha 16 de abril de 2009, C. P. Victor Hernando Alvarado Ardila. Rad. No. 08001-23-31-000-2002-01739-01(0694-07)

Sólo a partir de la vigencia del Decreto 1919 del 2002, se extendió el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos del orden nacional a los del orden territorial, al disponer que los empleados *“vinculados o que se vinculen al sector central o descentralizado, las corporaciones, órganos, instituciones o entidades de los niveles departamental, distrital o municipal, gozarán del régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional.*

De suerte que, con excepción de la cesantía y sus intereses, a partir de 1997, las vacaciones, la prima de navidad y las dotaciones que se venían devengando, las demás prestaciones sociales legalmente establecidas para el orden nacional, empezaron a devengarlas los empleados del orden territorial sólo a partir del primero (1) de enero del 2002, tales como prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de recreación, auxilio de transporte y de alimentación. Y respecto de años anteriores a la vigencia del Decreto 1919, es improcedente su aplicación analógica, puesto que la misma Constitución dispone que sólo el legislador establece el régimen prestacional de las entidades territoriales.

2. MATERIAL PROBATORIO.- Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

- a. Petición de fecha 26 de junio de 2009, dirigida al Alcalde Municipal de Chalán, Sucre. (Folio 9)
- b. Copia del Decreto No. 006 de fecha 13 de enero de 2006, mediante el cual se nombró a la señora Vivian Esther Flórez Barreto en el cargo de Secretaria de Educación Municipal de Chalán, (Sucre). (Folio 20).
- c. Copia autenticada del acta de posesión fechada 13 de enero de 2006, correspondiente a la señora Vivian Esther Flórez Barreto en el cargo de Secretaria de Educación Municipal de Chalán, (Sucre). (Folio 59).
- d. Copia autenticada del Decreto No. 021 de fecha 30 de junio de 2006, por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento. (Folio 60).
- e. Oficio de fecha 30 de junio de 2006, mediante el cual se comunica a la señora Vivian Esther Flórez Barreto que fue declarada insubsistente. (Folio 21).

- f. Certificado de tiempo de servicio de la señora Vivian Esther Flórez Barreto, suscrito por la Secretaria de Gobierno del municipio de Chalán. (Folio 62).
- g. Certificado de salarios de la señora Vivian Esther Flórez Barreto, expedido por el Tesorero General del municipio de Chalán. (Folio 64).
- h. Certificados de pagos realizados por concepto de prestaciones sociales a la señora Vivian Esther Flórez Barreto, expedido por el Tesorero General del municipio de Chalán. (Folio 65).

3. CASO CONCRETO – En el sub.lite se pretende que se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado por la no respuesta a la petición de fecha 26 de junio de 2009 presentada por la demandante ante el municipio de Chalán, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales tales como cesantías, intereses de cesantía, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, correspondientes al período laboral comprendido entre el 13 de enero de 2006 hasta el 30 de junio de la misma anualidad. Así como también el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria prevista en la ley 244 de 1995.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que la señora Vivian Esther Flórez Barreto, laboró como Secretaria de Educación en el municipio de Chalán durante el período comprendido entre el 13 de junio de 2006 al 30 de junio del mismo año. Fecha última en la que fue declarada insubsistente mediante decreto No. 021 expedido por el Alcalde de ese ente territorial, (folio 60).

Se corroboró también que el día 26 de junio de 2009, la demandante presentó petición ante el municipio de Chalán con la finalidad de que se le reconociera y pagara las prestaciones sociales adeudadas. Petición frente a la cual el ente demandado guardó silencio, configurándose así el silencio administrativo negativo, para la fecha contenido en el artículo 40 del anterior CCA.

Al efecto, se verificó que las prestaciones sociales que reclama la actora no le fueron reconocidas ni canceladas a excepción de lo que respecta a la prima de navidad, la cual fue cancelada en la suma de \$426.220 pues de ello da cuenta el certificado expedido por el Tesorero General del municipio accionado, visible a folio 65 del expediente. Así, estando probado el pago de la prima de navidad, y

dado que tampoco se discute el monto que fue cancelado, considera el despacho innecesario pronunciarse sobre la misma, y en razón a ello continuará el estudio del caso concreto respecto a las demás prestaciones reclamadas por la actora, así:

A. Respeto al auxilio de cesantías, intereses y sanción moratoria

En el asunto se observa que la señora Vivian Esther Flórez Barreto tomó posesión del cargo de Secretaria de Educación el día 13 de enero de 2006, tal como consta a folio 59 del expediente. Así, teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la demandante con el ente territorial se entiende que el régimen de cesantías aplicable es de liquidación anual, amén de no poder establecerse si la actora pertenece al sistema establecido en la ley 50 de 1990 (fondos privados) ó el sistema previsto en la ley 432 de 1998 (FNH), toda vez que en el plenario no se existe prueba alguna que indique el fondo de cesantías al cual se encontraba afiliada, por lo que el despacho infiere que nunca fue afiliada a un fondo de cesantías. Sin embargo, tal vacío no puede convertirse en un impedimento legal para reconocer el derecho laboral de la demandante en razón a que la no escogencia de un fondo de cesantías no evade al empleador de la obligación que le asiste de cancelar a su trabajador la suma de dinero correspondiente por tal concepto.

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 dispone que *“a 31 de diciembre de cada año debe hacerse la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la **fracción correspondiente**, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral”.*

De lo establecido en la norma en cita, y en armonía con todos los preceptos legales que regulan la materia, se infiere que la fecha 31 de diciembre ha sido dispuesta a efectos de realizar la liquidación del auxilio de cesantía, la cual es posible liquidar también en fecha distinta cuando por ejemplo ha ocurrido la terminación de la relación laboral. En ambos casos, al momento de la liquidación deberá tenerse en cuenta el período laborado por el trabajador, el cual puede consistir en la totalidad del año o en un período inferior a éste.

En el sub.lite probado está que la demandante habiendo laborado con el municipio de Chalán no le fue reconocido y menos aún cancelado el auxilio de cesantía, prestación a la cual tiene pleno derecho por tratarse de una empleada del orden territorial cobijada por lo dispuesto en el decreto 1045 de 1978. Por ello el

despacho atendiendo a las normas aplicables al caso ordenará su reconocimiento y cancelación, el cual deberá realizarse de manera proporcional al tiempo laborado.

De otra parte, en lo que respecta a los intereses de cesantías se considera que a la demandante no le asiste el derecho a los mismos dado que éstos se encuentran contenidos en las leyes 50 de 1990 y 432 de 1998, y son aplicables dependiendo al sistema al cual se pertenezca, situación que no es posible identificar en el presente asunto pues, como ya se advirtió en el expediente no obra prueba que indique el fondo al cual se encontraba afiliada la señora Vivian Esther Flórez Barreto. Ante tal circunstancia no puede el operador jurídico entrar a realizar suposiciones tendientes a favorecer la pretensión y en ese entendido escoger lo mejor de uno u otro sistema aplicando normas propias de los mismos, sino que al momento de resolver el asunto sometido a su consideración debe hacerlo basado en el hecho probado para de esta manera dar aplicación al precepto legal correspondiente. Por tal razón, no se reconocerán los intereses de las cesantías reclamadas por la actora.

En cuanto a la sanción moratoria contenida en el artículo 1° de la Ley 244 de 1995, se tiene que la indemnización por falta de pago oportuno de las cesantías se genera sólo ante el incumplimiento de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca, esto es después de transcurridos los 15 días con que cuenta la entidad administradora para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, más los 5 días de su ejecutoria, por cuanto el término como ya se indicó anteriormente es de 65 días hábiles, con los que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo de las cesantías, los cuales se contabilizan a partir de la presentación de la petición de reconocimiento por parte del interesado.

Dado que en el sub.lite como consecuencia de la petición elevada ante el Municipio de Chalán no se produjo acto administrativo como tal, sino que se configuró el silencio administrativo negativo dando lugar a la ocurrencia del acto ficto o presunto, el despacho siguiendo la línea jurisprudencial marcada por el Consejo de Estado para los casos en que la administración no se pronuncia o bien cuando lo hace de manera tardía, considera que el término para contabilizar la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995 debe iniciarse a partir de la fecha en que se presentó la petición, es decir 15 días para proferir el acto administrativo, 5 días para efectuar la notificación, mas 45 días para hacer efectivo el pago. En el caso la petición data 26 de junio de 2009, por lo que el término para

proferir el acto venció el 21 de julio de 2009, y el término de 45 para hacer efectivo el pago venció el 24 de septiembre de 2009, es decir a partir de ésta última fecha comienza a contabilizarse el término de la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo el pago de la cesantía.

B. Vacaciones y prima de vacaciones: Se encuentra acreditado que a la demandante no se le reconoció ni canceló suma de dinero alguna por estas prestaciones sociales a las cuales, en principio, tiene derecho en virtud de que el decreto 1919 de 2002 las hizo extensible para los empleados territoriales.

Dispone el artículo 8° del Decreto 1045 de 1978 que el derecho a las vacaciones consiste en 15 días hábiles de descanso remunerado por cada año de servicio.

En el asunto, la señora Vivian Esther Flórez Barreto laboró desde el 13 de enero de 2006 hasta el 30 de junio de 2006, es decir laboró por un período inferior a un año. Sin embargo, este despacho estima procedente reconocerle el derecho a vacaciones, en aplicación a lo establecido en el la Ley 995 de 2005, artículo 1° el cual refiere que tal derecho también aplica para aquellos trabajadores respecto de los cuales terminó su relación laboral sin que hubiese causado las vacaciones, caso en el cual se compensarán en dinero de manera proporcional al tiempo laborado. Así las cosas, a la demandante le asiste el derecho a que se le reconozca y paguen las vacaciones, bajo la figura de la compensación, y para calcular su valor correspondiente se tomará como base al salario devengado, todo ello de manera proporcional al tiempo efectivamente laborado.

Ahora, respecto a la prima de vacaciones si bien es una prestación social a la cual tienen derecho los empleados territoriales, se estima que tal emolumento no puede ser reconocido a la demandante, toda vez que de conformidad a lo estipulado en el artículo 30 del Decreto 1045 de 1978 en casos de retiro hay lugar al pago de la prima de vacaciones solo cuando éste ha sido por motivos distintos a la destitución o abandono. En el caso, probado está que la actora fue declarada insubsistente del cargo que venía desempeñando como Secretaria de Educación municipal, por ello al ser esta situación una causa de retiro equivalente a la destitución se considera que no es posible reconocerle la prestación de prima de vacaciones reclamada.

C. **Prima de servicio:** Tal como ya se expuso, los empleados del orden territorial a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, se les aplica los factores prestacionales y salariales de los empleados del orden nacional. Pues, si bien la controversia se origina respecto de la prima de servicios que fue consagrada con connotación salarial y no prestacional, y éste decreto extendió en su artículo 1º, a los empleados del sector territorial las prestaciones sociales del orden nacional, la línea jurisprudencial predominante del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo es que en aplicación del derecho a la igualdad el art. 58 decreto 1042/78 que consagra esa acreencia laboral, también se debe aplicar a favor de este tipo de empleados con la vigencia del decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, y por ende ellos también tienen derecho a su reconocimiento y pago.

En el expediente se observó que a la demandante no se le canceló la prima de servicios. En razón a ello lo solicita por vía judicial.

Pues bien, de conformidad a la ley la prima de servicio se paga de manera anual, equivalente a 15 días de remuneración, y se liquida de conformidad a los factores salariales devengados. También se cancela de manera proporcional al tiempo laborado caso en el cual la cantidad devengada será una doceava parte por cada mes completo de labor. Tal pago proporcional esta previsto en el artículo 60 del Decreto 1042 de 1978, y esta condicionado en palabras textuales a *“que el empleado hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre..”*. Vista la exigencia contenida en la norma, es claro que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicio dado que el período laboral de la misma transcurrió entre 13 de enero de 2006 al 30 de junio de 2006, es decir, inferior a un semestre.

Así las cosas, esta instancia judicial procederá a ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales referidas a cesantías y vacaciones. Así mismo se dispondrá la cancelación de la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1996, y se negarán las concernientes a intereses de cesantías, prima de vacaciones y prima de servicio.

Finalmente, las sumas de dinero que resulte adeudar la entidad demandada a favor de la parte demandante se reconocerán indexadas aplicándose los ajustes al

valor contemplados en el Art. 192 del C.P.A.C.A.¹³ lo que se ordenará en la parte resolutive de esta decisión.

COSTAS

Atendiendo lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A, en armonía con el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre la materia, donde para el reconocimiento de las mismas hay que observar la conducta asumida por las partes en el proceso, el despacho al verificar que ésta no fue dilatoria ni temeraria, procederá a negar la condena en costas solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1- Declarar la ocurrencia del silencio administrativo negativo al no dar respuesta el municipio de Chalán, (Sucre) a la petición de fecha 26 de junio de 2009, mediante el cual se negó a la demandante, señora Vivian Esther Flórez Barreto, identificado con CC. No. 32.834.614 de Baranoa, (Atlántico), el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses de cesantías, sanción moratoria, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones. En tal virtud declarase la nulidad de ese acto administrativo.

2- En consecuencia ordenase al Municipio de Chalán, (Sucre), reconocer y pagar a señora Vivian Esther Flórez Barreto, identificado con CC. No. 32.834.614 de Baranoa, (Atlántico), las prestaciones sociales de cesantías y vacaciones, por el correspondiente período laboral, 13 de enero de 2006 al 30 de junio de 2006. Así mismo, se ordena el reconocimiento y pago de la sanción prevista en la Ley 244 de 1995, a partir del 24 de septiembre del año 2009, consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.

Las sumas reconocidas deberán, además de ser liquidadas en las proporciones indicadas en la Ley, deberán indexarse conforme a la siguiente fórmula:

¹³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. Debiendo primeramente indexar el salario base de liquidación.

La presente providencia debe cumplirse conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.

3- Niéguese las demás súplicas de la demanda.

4- Niégase la solicitud de condena en costas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

6- Ejecutoriada esta providencia, si la misma no es apelada, archívese el expediente previo el envío de las comunicaciones a que haya lugar y ordenase la devolución de gastos de proceso en el evento de existir algún excedente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza