



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

Cartagena de Indias D. T y C, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00149-00
Demandante	MARÍA AUXILIADORA LASCARRO POLO
Demandado	ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO
Tema	Mora en pago de salarios y prestaciones sociales empleado ESE
Sentencia No	0163

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **MARÍA AUXILIADORA LASCARRO POLO**, a través de apoderado judicial, contra la **ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO**.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 29 de octubre de 2012, por medio de la cual la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO- BOLIVAR, decidió no pagar las sumas adeudadas al accionante por concepto de salarios, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicio, vacaciones y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

2. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO- BOLIVAR que pague a favor de la señora MARIA AUXILIADORA LASCARRO POLO, los siguientes conceptos:

- Los salarios correspondiente a los meses de febrero, marzo, abril, mayo y julio de 2011, para un valor total de \$9.250.000.00
- Cesantías cuya suma asciende a \$1.850.000.00.
- Intereses de cesantías cuya suma asciende a \$222.000.00.
- Prima de servicio cuya suma asciende a \$925.000.00.
- Vacaciones cuya suma asciende a \$925.000.00.
- Sanción moratoria cuya suma asciende a \$116.179.987.44.

3. Que las sumas a pagar se ajusten de acuerdo al IPC conforme los artículos 187 y 192 del CPACA.

4. Que se dé cumplimiento a la sentencia conforme los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

5. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

- HECHOS

Como fundamentos facticos de su acción, la parte demandante, en resumen, planteó los siguientes:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

La señora MARIA AUXILIADORA LASCARRO POLO, fue vinculada a la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO- BOLIVAR, mediante contrato de trabajo a término fijo por 12 meses., en el cargo de medico servicio social obligatorio. El valor del salario pactado dentro del contrato CTF 0006 fue de \$1.850.000.00

La entidad accionada quedó adeudando a favor del demandante los salarios de los meses de febrero, marzo, abril, mayo y julio de 2011, más cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, intereses de mora por el retardo en el pago de sus prestaciones sociales y sanción moratoria por el no pago a tiempo de cesantías.

Por lo anterior, la accionante presentó derecho de petición el 14 de octubre de 2012, ante la ESE demandada, solicitando la cancelación de sus obligaciones. Así pues, mediante oficio de 29 de octubre de 2012, la demandada responde la solicitud, aduciendo que no cuenta con los recursos económicos suficientes para atender el pago de dichas obligaciones.

- **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.**

Código Sustantivo del Trabajo.
Ley 50 de 1990

Sustenta el apoderado judicial de la parte demandante que la entidad demandada desconoció en el caso bajo estudio los derechos mínimos que establece el Código Sustantivo del Trabajo y ley 50 de 1990, pues no existe fundamento valedero para que no se le hayan cancelad sus salarios y prestaciones sociales por la labor prestada.

- **CONTESTACIÓN**

No dio contestación a la demanda.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada inicialmente ante la jurisdicción ordinaria laboral, y esta la remite por falta de competencia para que sea repartida entre los juzgados administrativos de la ciudad de Cartagena, correspondiéndole a este Despacho y siendo admitida el día 23 de noviembre de 2017, y notificada al demandante por estado electrónico 154 de dicho año.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 05 de diciembre de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente se citó a las partes a audiencia inicial para el día 21 de noviembre de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA. seguidamente los días 20 de febrero y 05 de junio de 2019 se celebró audiencia de pruebas en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos por escrito dentro de los 10 días siguientes, y se indicó que se dictaría sentencia dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del anterior término.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. Reitera los fundamentos fácticos y jurídicos que motivaron la demanda, y que se están desconociendo derechos mínimos establecidos en la norma especial, por lo que deben concederse las pretensiones.

DE LA PARTE DEMANDADA: Aduce que se deben negar las pretensiones, en razón a que las prestaciones deprecadas se encuentran prescritas.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

¿Tiene derecho la demandante, MARIA AUXILIADORA LASCARRO POLO, al reconocimiento y pago por parte de la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO- BOLIVAR, de los salarios, prestaciones sociales correspondientes a cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones y sanción moratoria, en virtud de un contrato laboral a término fijo?

- TESIS

De las pruebas que reposan en el legajo se verifica la existencia del vínculo laboral entre las partes de este proceso, y que culminado el vínculo laboral, mediante derecho de petición se solicitó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales tales como: Cesantías, intereses de cesantías, Primas, Vacaciones y consecuentemente el reconocimiento del pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las Cesantías, en ocasión al tiempo que el actor estuvo vinculado a esta entidad, expidiéndose por parte de la entidad demandada respuesta mediante pronunciamiento fechado 29 de octubre de 2012 (Fol. 28), en el que reconocen la existencia de acreencias laborales y aducen que no las pagan por la situación financiera de la ESE, e invitan a realizar un acuerdo para materializar el pago; paralelamente se verifica que reposan en el legajo certificado de fecha 24 de marzo de 2015, en el cual de manera concreta indican los valores que se adeudan a la demandante, a saber: salario del mes de diciembre de 2010, prima de navidad del mismo año y los salarios de los meses marzo, abril y mayo de 2011, para un total de \$7.599.389; así mismo lo relativo a cesantías, esto por cuanto a folios 43 y 44 del expediente, reposan resolución No. 0016 de fecha 27 de julio de 2011 y pantallazo de cuenta por afiliado de COLFONDOS, en los cuales reconoce y ordena el retiro definitivo de dicha prestación, y el pago efectivo por la suma de \$1.850.822, por dicho concepto.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que el Despacho decida declarar la nulidad del acto administrativo fechado 29 de octubre de 2012. y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de salarios y las prestaciones sociales adeudadas, esto es, mes de diciembre de 2010, prima de navidad del mismo año y los salarios de los meses marzo, abril y mayo de 2011, los demás pretensiones se negarán conforme arriba se determinó.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

De la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En la Constitución Política de 1886 y 1991.

Advierte la Sala que, a partir de la promulgación del Acto Legislativo No. 1 de 1968, por el cual se modificó el numeral 9 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886, se atribuyó al Congreso de la República la competencia de fijar la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos públicos y los respectivos regímenes prestacionales al tiempo que, se precisó que le correspondía al Presidente de la República determinar las dotaciones y emolumentos de los distintos empleos públicos, con arreglo a la escala de remuneración prevista por el Congreso de la República. Así lo preceptuaba el numeral 9, del artículo 76 del texto de 1886, modificado por el artículo 11 del citado acto reformativo de la Constitución:

“Artículo 76: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones: (...) 9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales; (...)”.

Las anteriores competencias fueron modificadas, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, bajo el entendido de que, al Congreso de la República únicamente le correspondería dictar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, esto, al fijar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno nacional al determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales.

En cumplimiento de este mandato constitucional, el Congreso expidió la Ley 4 de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el gobierno nacional al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

De acuerdo con las normas transcritas, estima la Sala que, a partir de la reforma constitucional de 1968, resulta evidente la existencia de una competencia concurrente, entre las ramas Legislativa y Ejecutiva del poder público, para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Bajo este entendido, le corresponde al Congreso de la República, establecer los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el ejecutivo, al momento de preveer los límites máximos en la escala salarial de los servidores públicos. Así lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C- 1218 de 21 de noviembre de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

"De conformidad con el artículo 150-19- literales e) y f) de la Carta, compete al legislador y al Presidente de la República regular la materia salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

(...).

La definición del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos en general, resulta del ejercicio de una competencia que corresponde, en primer lugar, al Congreso de la República y al Presidente de la República dentro del marco trazado por aquél (CP, art. 150-19, lit e) y f). Efectivamente, según dicha atribución, el Congreso, a través de una ley marco o cuadro, fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse una determinada materia, entre las cuales se encuentra la relativa al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales- lo que en la actualidad se concreta en la Ley 4ª de 19921 (Ley marco de salarios y prestaciones sociales).

Surge, así, en el preciso ámbito de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, una relación entre el Congreso y el Presidente de la República con connotaciones diferentes a las normalmente observadas para la ejecución de las leyes ordinarias. En el caso de la vigencia de las leyes marco o cuadro², el Presidente de la República, al dictar los correspondientes decretos ejecutivos que las completan, participa activamente en la determinación normativa de las materias que constituyen su objeto, dentro del marco normativo general, compuesto de reglas o directrices, que como se ha dicho, el Congreso le establece, lo cual converge en una trascendente y coordinada labor normativa ejercida en forma conjunta por dos poderes públicos estatales.

La justificación otorgada a la existencia de esta clase de normatividad radica en que suministra al Estado instrumentos eficaces que le permiten dar respuestas prontas y oportunas, mediante procedimientos ágiles, a materias estatales que presentan situaciones cambiantes y que exigen constantemente una actualización y reforma, según las necesidades estatales y ciudadanas, como en efecto se observa que sucede con la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.”.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, estima la Sala que, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos no puede ser distinto al previsto por el legislador y el ejecutivo en ejercicio de la competencia concurrente que les atribuye expresamente el literal e, numeral 19, del artículo 150 de la Constitución Política.

Del régimen salarial y prestacional de los trabajadores y empleados del sector salud.

Sobre este particular, considera la Sala pertinente señalar que la intención del legislador al expedir la Ley 10 de 1990 no fue otra que la de reformar el Sistema Nacional de Salud con miras de optimizar el proceso de descentralización en la prestación de los servicios de carácter asistencial, esto, mediante la participación activa de las entidades territoriales en el funcionamiento del nuevo Sistema Nacional de Salud.

En efecto, desde la misma exposición de motivos del proyecto de ley que cursó en el Congreso de la República, se abogó por la definición de las competencias que en materia de la prestación y financiación de los servicios de salud le correspondían a la Nación y a los entes territoriales.

En lo que toca concretamente con el proceso de reorganización del Sistema de Salud, debe decirse que, el artículo 16 de la Ley 10 de 1990 le confiere a la Nación y a sus entidades descentralizadas la posibilidad de ceder a las entidades territoriales los bienes, elementos e



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00**

instalaciones destinados a la prestación de los servicios de salud. De igual forma, la referida norma, contempla la posibilidad de que el Presidente de la República liquidara los programas e instituciones que a esa fecha no pudieran seguir prestando los servicios de carácter asistencial.

La posibilidad antes descrita, esto es, de liquidar entidades y programas del sector salud trajo consigo la necesidad de definir la situación laboral del personal que venía prestando sus servicios en ellas, en relación con lo cual, advierte la sala, el artículo 17¹ preceptuó lo siguiente:

“Artículo 17. Derechos laborales. Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente. En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas pre-vistas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella. Parágrafo. La Nación responderá por el pago de las prestaciones adecuadas a la fecha de la liquidación o supresión de que trata el artículo anterior a las personas vinculadas a las entidades, dependencias o programas que se liquiden o supriman, según el caso, y cuya naturaleza jurídica sea del nivel nacional.”

De acuerdo con la norma transcrita, debe decirse, que el legislador garantizó la posibilidad de que el personal que venía vinculado a las entidades prestadoras de los servicios de salud liquidadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 16, contarán con la posibilidad de ser incorporados en las instituciones creadas para tal fin, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, precisando que: i) a éstas se les debía aplicar el régimen propio de la nueva entidad; ii) sin disminuir “los niveles de orden salarial y prestacional de que venían gozando”

No obstante lo anterior, la referida normativa en su artículo 30 hizo algunas precisiones en relación con el régimen salarial y prestacional de los trabajadores oficiales y empleados públicos del sector salud en los siguientes términos:

“Artículo 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley.”

Precisó el referido artículo 30 que sin importar el nivel administrativo al cual pertenecieran las entidades públicas que prestaran los servicios de salud, se debían aplicar a sus trabajadores oficiales, en cuanto fueran compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera

¹ Proyecto de ley 120 de 1989, por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud y se dictan otras disposiciones. Año XXXII No. 119.3 Noviembre de 1989, Páginas 8 y siguientes.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

administrativa, así como el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, para el orden nacional, sin perjuicio de las disposiciones convencionales existentes.

De igual forma, se sostuvo que tratándose de empleados públicos a éstos se les debía aplicar el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 ibidem el que, como ya quedó visto, hace alusión a la posibilidad de incorporar los trabajadores y empleados que vinieran prestando sus servicios al sector salud en las nuevas instituciones creadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 de 1993 se ordenó la transformación o reestructuración de todas las entidades prestadoras de los servicios de salud en Empresas Sociales del Estado, cuyo personal tendría el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, conforme las reglas previstas en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Así las cosas, se concluye que en lo que corresponde a entidades prestadoras de los servicios de salud, el régimen de administración de su personal, salarial y prestacional aplicable depende de la categoría a la cual estos pertenezcan, esto es, si se trata de trabajadores oficiales o de empleados públicos. En efecto, de acuerdo con la regla prevista en el artículo 30 de la Ley 10 de 1990 a los trabajadores oficiales se aplicaran, en cuanto sean compatibles, los principios y las normas de carrera administrativa así como las disposiciones previstas en el Decreto 3135 de 1968, en materia prestacional, sin dejar de lado los acuerdos convencionales, de otra parte, a los empleados públicos "se les aplicaría el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional".

Del Servicio social obligatorios

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

"Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... "

"Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)"

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

La Ley 50 de 1981 estableció el servicio social obligatorio dentro del territorio nacional para todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria del sector salud de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto Ley 80 de 1980. El artículo 8 de la referida ley indica que las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los empleados para realizar este servicio social, serán los propios de la institución a la que se vinculen.

Por su parte, el Decreto 2396 de 1981 -reglamentario de la citada Ley 50- dispone que el servicio social obligatorio será cumplido por los egresados de los programas universitarios y tecnológicos de las facultades de medicina, odontología, microbiología, bacteriología, laboratorio clínico y enfermería. Su duración será de un (1) año y exigirá dedicación de tiempo completo. A su vez, el artículo 6º. de esta misma norma determinó que "Las personas que deban cumplir con el Servicio





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen”.

Es de anotar que la expedición de la ley 50 de 1981 trajo consigo la modificación del concepto de “año rural” por el de “Servicio Social Obligatorio” con el fin de propiciar el cumplimiento de esta obligación también en zonas diferentes a la rural.

Con relación al régimen salarial y prestacional de los profesionales que prestan el Servicio Social Obligatorio, determinó:

“Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes prestan el servicio social obligatorio 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” (artículo 6º - resaltado fuera del texto).

Sobre el particular, el Ministerio de Salud (hoy de Trabajo y Seguridad Social) conceptuó:

“De conformidad con lo dispuesto en la Ley 50 de 1981, las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los profesionales que prestan el servicio social obligatorio, serán los propios de la institución a la cual se vincule para el cumplimiento de dicho servicio, es decir se les aplicarán las mismas normas”

Lo anterior significa que a estos profesionales se les aplicarán los factores salariales que estén establecidos para los funcionarios de la institución donde desarrolla el servicio, las prestaciones sociales, al igual que la jornada de trabajo establecida.

Cabe señalar que todo profesional en servicio social obligatorio se vincula a la institución mediante la modalidad legal o reglamentaria la cual le da el carácter de empleado público, pero por tratarse del cumplimiento de un deber legal, el nombramiento se hace a término fijo,..... Los empleados públicos están vinculados a la administración mediante acto administrativo (decreto o resolución). sus funciones no pueden ser negociadas y están previamente descritas en leyes y reglamentos, al igual que se encuentran reglados los requisitos para desempeñar los empleos, sus salarios y prestaciones sociales” (Boletín Jurídico No. 1 de diciembre de 1995 - resaltado fuera del texto).

La ley 50 de 1981 fue reglamentada, entre otros, por los decretos Nos. 2396 de 1981, 3289 de 1982; la resolución No. 15041 de 1982; los decretos Nos 1155 de 1983, 3448 de 1983, 2865 de 1994 y las resoluciones Nos. 000795 de 1995 y 1140 de 2002.

Dichas disposiciones, en su orden, señalaron:

El decreto 2396 de 1981 determinó las profesiones que debían cumplir con esta exigencia: Medicina, Enfermería, Odontología y Bacteriología; estableció que la duración sería de un año de tiempo completo y que los sitios e instituciones donde podría llevarse a cabo serían las entidades oficiales y de salud de carácter privado sin ánimo de lucro de zonas rurales o urbanas marginadas; en programas de salud que atendieran emergencias, calamidades públicas o programas docentes de tipo científico investigativo.

Reiteró que los profesionales que debían cumplir con el SSO quedarían sujetos a las a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

"ARTÍCULO 6°. Las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

ARTÍCULO 7°. El Ministerio de Salud, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 50 de 1981, informará semestralmente al Consejo Coordinador del Servicio Social Obligatorio sobre las tasas remunerativas y el régimen prestacional de quienes presten el Servicio Social Obligatorio".

El decreto 3289 de 1982, en esencia, disminuyó a seis meses el servicio que se realizaba en zonas que estuvieran sometidas a enfrentamiento armado o a acciones subversivas.

La resolución 15041 de 1982 reglamentó el programa de "Inducción al servicio" que debía recibir todo profesional al ingresar al SSO.

El decreto 1155 de 1983 hizo extensiva la obligatoriedad de este servicio a los egresados de los programas de Biología, Trabajo Social, Fisioterapia, Terapia Ocupacional y Fonoaudiología, Nutrición y Dietética, Química y Farmacia, Medicina Veterinaria, Medicina Veterinaria y Zootecnia, y Psicología.

El decreto 3448 de 1983 estableció un estatuto para las zonas fronterizas del país y brindó como estímulo a los profesionales que se vinculen en dichos lugares, la disminución del SSO a nueve meses.

El decreto 2865 de 1994 responsabilizó a las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud de la selección, aprobación y renovación de las plazas para el cumplimiento del SSO, "con sujeción a los criterios que fije el Ministerio de Salud, así como a las normas técnicas que expida para la prestación de dicho servicio", también orientó a esas entidades a racionalizar "la distribución de las plazas de Servicio Social Obligatorio, en el territorio de su jurisdicción, de acuerdo con la proporción de la población con necesidades básicas insatisfechas, dando prioridad a los centros y puestos de salud del área rural". En igual sentido expresó que "la entidad solicitante debe contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal y cumplir con las demás disposiciones que en materia de vinculación de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen" (resaltado fuera del texto).

La resolución 000795 de 1995 estableció los criterios técnicos y administrativos para la prestación del SSO. Con fundamento en el numeral 7° del artículo 4° del decreto - ley 1298 de 1994 que señala que la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud es descentralizada, definió los nuevos criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud certificadas, aprobaran y renovaran plazas para este servicio.

Dicha resolución señaló, en síntesis, que las plazas se debían orientar preferentemente a la ampliación de cobertura en salud en las poblaciones de estratos socioeconómicos 1 y 2. Determinó que las funciones y actividades del profesional en SSO debían estar de acuerdo con los programas que se fueran a desarrollar y que estas personas debían contar con la infraestructura necesaria para el desarrollo de sus tareas.

Consideró que quienes estuvieran en cumplimiento del SSO debían gozar de las mismas garantías del personal de planta y que estarían sujetos a las disposiciones vigentes en administración de personal, salarios y prestaciones sociales que rigieran en las entidades donde prestara dicho servicio.

"7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc” (artículo 1º).

Añadió que es deber del profesional del SSO permanecer disponible para cualquier emergencia que se presente, sin que se le puedan desconocer los derechos laborales y legales que le asisten:

“ARTICULO 6o. Es deber del profesional de la salud que presta el Servicio Social Obligatorio permanecer disponible para cualquier emergencia que se presente, sin que se le desconozcan sus derechos laborales y legales por parte de la entidad donde está prestando este servicio.

PARAGRAFO. Para efectos de este artículo, se entiende por disponibilidad permanente del profesional de la salud que esté prestando el Servicio Social Obligatorio, el deber legal de permanecer disponible en la localidad sede de la plaza para cualquier emergencia en salud”.

Por último, la resolución 1140 de 2002 determinó las localidades en las que el Programa de SSO sería de seis meses, término que podría ampliarse “hasta por seis meses más, siempre que se trate de garantizar la prestación del servicio o no exista solicitud de aspirantes, previo acuerdo con el profesional de salud”.

Del anterior recuento normativo se puede concluir, sin lugar a equívocos, que dada la finalidad y las circunstancias especiales en las que se presta el Servicio Social Obligatorio, ha sido el querer del legislador y del Gobierno garantizar y proteger los derechos laborales de los profesionales que se vinculan en dichas plazas, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado², el servicio social obligatorio es una fuente de personal calificado e idóneo para incrementar la cobertura de la prestación del servicio de salud, no una forma especial o flexible de vinculación a la administración pública. En este sentido, tal como lo establecen claramente las normas transcritas, quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal de planta de la entidad³.

El pago de cesantías y la sanción moratoria

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

La Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, ordenó que: “*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 al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro.*”.

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 17001-23-31-000-2005-01062-01(1131-09)

³ Consejo de Estado, Secc. 2ª, Sent. del 16 de abril de 2009, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno: 0694-07





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual.

Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

En el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

El Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5° de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1°.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial 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; 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 1998.

Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de 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."

Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación; esta sanción buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. Este artículo señala:

"Artículo 1°.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la 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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

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.*

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".*

Esta indemnización moratoria es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida 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. 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. 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 tardanza en el pago definitivo de la referida prestación.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

- CASO CONCRETO

Del material probatorio que reposa en el expediente es dable determinar que MARÍA AUXILIADORA LASCARRO POLO, mediante documento denominado "CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO" fue vinculada a la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO- BOLIVAR como médico del servicio obligatorio, durante el periodo comprendido entre el 26 de julio de 2010 al 26 de julio del 2011 (Fols. 17-19); determinado ello, se ha de resaltar que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se ordenó la transformación o reestructuración de todas las entidades prestadoras de los servicios de salud en Empresas Sociales del Estado, cuyo personal tendría el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, conforme las reglas previstas en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, de allí que quien preste su labor como médico del servicio social en dicha entidad ostenta la calidad de empleado público, esto es por mandato legal; verificándose que tal vinculación existió en el asunto que se estudia, pues al documento antes referenciado se suma certificado expedido por quien fungiera como gerente de la ESE manifestando que efectivamente MARÍA AUXILIADORA LASCARRO POLO prestó sus servicios en el lapso indicado de manera satisfactoria, por lo que se puede concluir categóricamente la existencia de la relación laboral.

Culminado el vínculo laboral mediante derecho de petición se solicitó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales tales como: Cesantías, intereses de cesantías, Primas, Vacaciones y consecuentemente el reconocimiento del pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las Cesantías, en ocasión al tiempo que el actor estuvo vinculado a esta entidad, expidiéndose por parte de la entidad demandada respuesta mediante pronunciamiento fechado 29 de octubre de 2012 (Fol. 28), en el que reconocen la existencia de acreencias laborales y aducen que no las pagan por la situación financiera de la ESE, e invitan a realizar un acuerdo para materializar el pago; paralelamente se verifica que reposan en el legajo certificado de fecha 24 de marzo de 2015, en el cual de manera concreta indican los valores que se adeudan a la demandante, a saber: salario del mes de diciembre de 2010, prima de navidad del mismo año y los salarios de los meses marzo, abril y mayo de 2011, para un total de \$7.599.389; así mismo lo





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

relativo a cesantías, esto por cuanto a folios 43 y 44 del expediente, reposan resolución No. 0016 de fecha 27 de julio de 2011 y pantallazo de cuenta por afiliado de COLFONDOS, en los cuales reconoce y ordena el retiro definitivo de dicha prestación, y el pago efectivo por la suma de \$1.850.822, por dicho concepto.

Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que el Despacho decida declarar la nulidad del acto administrativo fechado 29 de octubre de 2012, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de salarios y las prestaciones sociales adeudadas, esto es, mes de diciembre de 2010, prima de navidad del mismo año y los salarios de los meses marzo, abril y mayo de 2011, los demás pretensiones se negarán conforme arriba se determinó.

PRESCRIPCIÓN.

En razón a que en sus alegatos la apoderada de la entidad demandada aduce que se materializó la prescripción de los derechos laborales pedidos, al respecto en sentencia proferida por el Consejo de Estado⁴ el pasado nueve (9) de abril de 2014; que señaló:

“La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41).

(...)

*En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; **también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.***

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUB SECCION “A”. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

(...)

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia transcrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.
Subrayado fuera de texto.

Conforme lo probado y el lineamiento antes expuesto, vemos que la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales se elevó ante la administración el día **14/09/2012**, y se presentó demanda ante los juzgados laborales del Carmen de Bolívar el día **25 de abril de 2014** (Fol. 29), por lo que no se han visto afectados por prescripción los derechos salariales antes reconocidos, por lo que se ordenará el pago conforme se estimó en líneas precedentes.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso: así mismo lo explicó el Consejo de Estado⁵ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁵ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014. Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00149-00

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 29 de octubre de 2012 emanado de la **ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DEL MUNICIPIO DE ZAMBRANO**, mediante el cual se niega el pago de salarios y prestaciones sociales, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la **ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DEL MUNICIPIO DE ZAMBRANO**, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar a favor de la demandante, **MARÍA AUXILIADORA LASCARRO POLO**, las siguientes acreencias laborales: salario del mes de diciembre de 2010, prima de navidad del mismo año y los salarios de los meses marzo, abril y mayo de 2011, para un total de **\$7.599.389**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Negar las demás pretensiones.

CUARTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 C.P.A.C.A.

QUINTO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

SEXTO: Una vez en firme ésta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

