



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., veinticinco de enero de dos mil dieciocho

Radicación:	44001-23-33-000-2014-00032-01
N.º Interno:	1815-2015
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Neiro Alfonso Mejía Duarte
Demandado:	ESE Hospital San José de Maicao y otro

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-007-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

El señor Neiro Alfonso Mejía Duarte, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la ESE Hospital San José de Maicao y a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Pretensiones.

« [...] PRIMERO: Que se condene a la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE MAICAO a cancelar a mi poderdante el señor NEIRO ALFONSO MEJÍA DUARTE, la suma que resulte probada por concepto de indemnización moratoria, por no habersele cancelado en forma oportuna los salarios y las respectivas prestaciones sociales. [...]

SEGUNDO: Que se anule EL ACTO ADMINISTRATIVO U OFICIO de fecha 12 de agosto de 2013, mediante la cual la entidad convocada niega el reconocimiento y pago de las pretensiones con el cual quedó agotada la vía gubernativa y se restablezca el derecho a la indemnización moratoria por «pago no oportuno de las prestaciones sociales».

TERCERO: Que se condene a la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE MAICAO a reconocer y pagar a mi poderdante el señor NEIRO ALFONSO MEJÍA DUARTE, las

¹ Folios 17 a 30 del cuaderno 1.

sumas que resultaren probadas a causa del retardo en el que incurrió dicha entidad. [...]»

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de determinar el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA) ³

El tribunal resolvió las excepciones propuestas por el ministerio así:⁴

« [...] FALTA DE COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA CUANTÍA [...] No tiene razón jurídica la parte excepcionante porque de conformidad con el art 152 núm. 3 la discusión en tema laboral no es de 300 salarios sino de 50 de acuerdo con lo previsto en los artículos 155 y 152 del CPACA. En efecto, el accionante pretende

² Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

³ La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁴ Folios 75 a 78 y CD folio 79.

que se anule un acto proferido por Hospital San José de Maicao, en relación por la mora en el pago de salarios y prestaciones por 520 días.

Decisión, Se niega porque no se encuentra probada

[...] FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA [...] Estaría probada la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque de legitimación de acuerdo con el régimen constitucional, después de la Constitución Política de 1991 la salud se trasladó a las entidades territoriales, de acuerdo con los art 356 de la Constitución Política, que el señor se vinculó posterior, por lo que el Ministerio de Hacienda no tiene legitimación. [...]»

Problema jurídico fijado en el litigio

« [...] El Despacho considera que el conflicto bajo estudio consiste en determinar si se anula o no el acto administrativo demandado por medio del cual se niega la indemnización moratoria de acuerdo con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo».

SENTENCIA APELADA⁵

El Tribunal Administrativo de la Guajira, en sentencia oral de 10 de marzo de 2015, negó las pretensiones de la demanda.

Hizo un recuento de los documentos que obran en el expediente para luego indicar que las pretensiones indemnizatorias previstas en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no son aplicables a los servidores públicos según se lee en el artículo 4, por cuanto las relaciones de derecho individual entre la administración y los servidores del Estado no se rigen por dicha codificación.

⁵ Folios 88 a 90 y CD folio 91.

Precisó que la mora fue consentida por el demandante, teniendo en cuenta que se retiró en mayo de 2011 por aceptación de su renuncia y no desarrolló ninguna actividad para lograr el pago como tampoco hizo requerimiento alguno para constituir en mora a la entidad. Así mismo, se indicó con fundamento en el concepto rendido por el ministerio público, que debió instaurar la acción de tutela bajo el principio de inmediatez por la vulneración al mínimo vital o presentar una acción ejecutiva laboral para exigir el pago de las acreencias laborales.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁶

El demandante planteó que se le discrimina al no reconocerse la indemnización moratoria por ser empleado público, pues es claro que la entidad demandada incurrió en una mora de 540 días para el pago de las prestaciones reconocidas mediante Resolución 0355 de 1.º de junio de 2011.

Realizó un recuento de los fundamentos fácticos del caso e indicó que la posición adoptada por el tribunal desconoce las disposiciones legales y constitucionales que protegen a los empleados tanto del sector público como privado.

No tiene fundamento jurídico ni constitucional el planteamiento del tribunal relacionado con la falta de ánimo de pago, toda vez que ningún empleado es

⁶ Folios 92 a 95.

responsable que la entidad deje de cancelar oportunamente, en consecuencia no es acertado argumentar que la responsabilidad la tiene el demandante al no haber realizado ninguna acción legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁷

Insistió en los argumentos de la apelación y resaltó que el principio de igualdad incluye la obligación objetiva del trato igual por parte de las autoridades públicas y en ese sentido no se puede desconocer a los empleados del sector público o privado la protección constitucional que les asiste.

La entidad demandada negó la petición con fundamento en que durante el tiempo de vinculación ostentó la calidad de empleado público lo que va en contravía del artículo 29 de la Ley 789 y el artículo 65 del CST.

No se puede olvidar que la accionada incurrió en 540 días de retardo para cancelar las prestaciones que se habían adquirido, tratándose entonces de un derecho cierto e indiscutible.

La parte demandada y el ministerio público no hicieron pronunciamiento alguno en esta instancia⁸

⁷ Folios 118 a 121.

⁸ Folio 122.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

- 1. ¿Procede el reconocimiento de la indemnización por falta de pago que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para los empleados públicos?**

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Cuando se trata de empleados públicos no procede el reconocimiento de la indemnización por falta de pago que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Para desarrollar con mayor precisión el problema jurídico es necesario presentar los siguientes argumentos:

El CST del trabajo prescribe en su artículo 3 las relaciones que regula dicha codificación:

⁹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

«ARTICULO 3o. RELACIONES QUE REGULA. El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares.»

La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la referida norma, expuso los siguientes argumentos, los cuales resultan oportunos para el presente caso:

« [...] Igualmente, es importante destacar que el constituyente al consagrar algunos derechos de carácter laboral y regular directamente varios aspectos de la función pública, diferenció las relaciones de trabajo de los servidores del Estado frente a las de los trabajadores particulares. Basta citar a manera de ejemplo, la institucionalización de la carrera administrativa para el sector público, la prohibición de huelga en los servicios públicos esenciales, el derecho a la negociación colectiva plena para los trabajadores privados y algunos de los oficiales, la remuneración para el sector público es fijada por decreto del Gobierno y para el sector privado de común acuerdo entre las partes, las funciones para los empleados públicos deben estar contempladas en ley o reglamento, etc. y así podrían citarse muchas otras.

Tales diferencias no dependen únicamente de la naturaleza del vínculo laboral -contrato de trabajo para los particulares y relación legal y reglamentaria para los servidores públicos-, sino también de otros factores como las necesidades que se busca satisfacer –públicas por un lado, privadas por el otro-, de los intereses que se protegen –interés general en contraposición al interés particular-, de la calidad de las partes que participan en cada evento –el Estado empleador frente al empresario privado-, y de las funciones que cumplen los diferentes estamentos dentro de la sociedad –funciones públicas *versus* funciones privadas-.

Al armonizar las disposiciones constitucionales citadas, se llega a la conclusión de que el legislador, por medio de ley, debe regular no sólo las relaciones

laborales de los particulares sino también las de los servidores públicos. La expedición de regímenes diferenciales, más no discriminatorios, para el sector privado y el sector público es entonces, una potestad que emana de la misma Constitución. [...]»

Por su parte el artículo 65 de la misma codificación establece la indemnización por falta de pago, norma que corresponde al título VI relacionado con la terminación del contrato de trabajo:

«ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. Modificado por el art. 29, Ley 789 de 2002.

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. [...]»

Como se observa, la sanción que se impone al empleador es por el no pago o pago tardío de las prestaciones que se adeudan al trabajador y que le corresponden al haber terminado su contrato de trabajo.

La Corte Constitucional con respecto a esta indemnización moratoria señaló:

« [...] Por su parte, el artículo 65 del C.S.T., en el numeral 1o. acusado, establece la indemnización moratoria - también llamada en el lenguaje corriente “*salarios caídos*” - en la forma de una reparación a cargo del empleador que retarda el pago de los salarios y prestaciones sociales que se le adeudan al trabajador al momento de la terminación del respectivo contrato de trabajo, consistente en una suma igual al último salario diario por cada día de demora en la cancelación de lo adeudado. Se presenta así un mecanismo de apremio al empleador que demora dichos pagos cuando ya no existe una

acción con origen contractual para hacerlos exigibles pero que permite compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero del trabajador, por permanecer en manos del empleador. [...]»¹⁰

Frente a las diferencias que se presentan entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales esta sección indicó:

« [...] Estos empleados (refiriéndose a los públicos) se caracterizan por estar vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria; esta vinculación se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y posesión del empleado, y quiere decir que el régimen al cual quedan sometidos está previamente determinado en la ley, de manera que no hay posibilidad legal de discutir y acordar con la administración las condiciones de prestación del servicio, ni al momento del nombramiento ni posterior a la posesión, ya que ellos solo puede presentar peticiones respetuosas a la administración.

[...]

La característica principal de estos trabajadores oficiales, consiste en que se encuentran vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, lo cual los ubica en una relación de carácter contractual laboral semejante a la de los trabajadores particulares; la consecuencia más importante de esta relación contractual laboral consiste en que las normas a ellos aplicables constituyen apenas un mínimo de garantías a su favor, de modo que es posible discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliego de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva, un pacto colectivo[...]»¹¹

¹⁰ Sentencia C-079 de 1999.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 18 de mayo de 2011 Radicación No: 25000 23 25 000 2004 03275 02 (0554-08).

Caso concreto

En primer lugar es preciso hacer un recuento del material probatorio que obra en el expediente:

- Resolución 0006 de 14 de enero de 2011 por medio de la cual se nombró al señor Neiro Alfonso Mejía Duarte en el cargo de tesorero general del área financiera del hospital San José de Maicao y acta de posesión de fecha 17 de enero del mismo año (folios 10 y 11).
- Resolución 0267 de 10 de mayo de 2011 por la cual se aceptó la renuncia al demandante como tesorero general (folio 12).
- Resolución 0355 de 1 de junio de 2011 en la cual se ordenó el pago de \$1.385.283 por concepto de prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad, indemnización por vacaciones, bonificación por año de servicios ante la renuncia debidamente aceptada (folio 13).
- Certificado de la directora administrativa de la ESE hospital San José de Maicao donde se indica que el aquí demandante laboró en esa institución en el cargo de tesorero general desde el 17 de enero hasta el 11 de mayo de 2011 en la modalidad de «nombramiento» (folio 17).

- Oficio de 12 de agosto de 2013 mediante el cual la demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST porque mientras estuvo vinculado al hospital, lo hizo en calidad de empleado público y no de trabajador oficial (folios 18 y 19).

El Tribunal consideró que la indemnización moratoria del artículo 65 del CST no podía ser aplicada al caso del demandante por haber ostentado la calidad de empleado público, razón por la cual negó las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el demandante recurrió la sentencia y para el efecto argumentó que se le discrimina al no tener en cuenta las disposiciones legales y constitucionales que protegen a los empleados del sector público y privado; en consecuencia, insistió en que debe ser indemnizado por la mora en que incurrió la entidad en el pago de sus prestaciones sociales al momento de finalizar la relación laboral, en atención al artículo 65 del CST.

Para esta Subsección resulta claro que la existencia de regímenes diferenciados para los empleados públicos y trabajadores oficiales, no implica *per se* una forma de discriminación. Como es sabido, la vinculación del empleado público y del trabajador oficial es diferente; el primero, se ata a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria que involucra un régimen previamente establecido en la ley y que regula el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro, lo cual se concreta con el nombramiento y la posesión.

El trabajador oficial por su parte se vincula mediante un contrato de trabajo que se regula a través de sus cláusulas convencionales y su existencia se

define según la necesidad del servicio en la rama ejecutiva, vale decir, a la actividad que deban cumplir de acuerdo con los fines estatales.

En efecto, la naturaleza de uno y otro es disímil razón suficiente para justificar el trato diferente, sin que la normatividad que el legislador fijó tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales se traduzca en un modo de discriminación.

De los documentos que obran en el plenario, resulta claro que el señor Neiro Alfonso Mejía Duarte cuando estuvo vinculado a la ESE hospital San José de Maicao en el cargo de tesorero, lo hizo bajo la modalidad de empleado público, situación frente a la cual no existe discusión alguna en el presente asunto.

Ahora, en atención al artículo 3 del CST, se concluye sin mayores argumentos que las relaciones que regula, no son las de los empleados públicos, sino que está ligada al derecho laboral individual, cuya base estructural es el contrato de trabajo.

En atención a lo anterior a los trabajadores oficiales, incluso quienes laboran con entidades públicas, se les aplica el CST y su vinculación es a través del contrato de trabajo, en el cual concurren las voluntades de ambas partes para acordar las condiciones de la prestación del servicio.

Por el contrario, el empleado público tiene una vinculación legal y reglamentaria, en la cual no tiene la posibilidad legal de acordar con la administración la manera de prestar el servicio, es decir, el régimen al cual quedan sometidos está previamente determinado en la ley.

De acuerdo con lo planteado, resulta claro que cada régimen tiene sus notas características las cuales no pueden desconocerse y menos aún entrar reconocer los derechos consagrados en una norma que claramente no se debe aplicar.

En las anteriores condiciones, y al no haberse desvirtuado los argumentos planteados en la primera instancia, deberá confirmarse el fallo apelado.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección confirmará la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira que negó las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección¹² en el presente caso no se condenará en costas de segunda instancia, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 365 del CGP, toda vez que si bien se confirma en todas sus partes la providencia, no se advirtió en esta instancia que la parte demandada haya hecho alguna actuación.

¹² Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandado: José Francisco Guerrero Bardi.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira el 10 de marzo de 2015, que negó las pretensiones de la demanda.

Segundo: No condenar en costas de segunda instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

DPQ/JSg