



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C. veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018). SE 007

Radicado: 520012331000201100148 01 (3106-2015)

Actor: Juan Guillermo de los Ríos Arellano

Demandado: E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión del Sistema Escritural, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco.

PRETENSIONES

(Ff. 82 y 83¹)

Declarar la nulidad del acto administrativo derivado del silencio administrativo negativo, producto de la falta de respuesta al derecho de petición presentado el 23 de marzo de 2010 en virtud del cual solicitó el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales (prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías), vacaciones y sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías a partir del 11 de febrero de 2008.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la E.S.E Centro Hospital Divino Niño de Tumaco al pago que resulte de la liquidación de los anteriores emolumentos.

Finalmente, solicitó que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y siguientes del CCA.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

(Ff. 83-85)

En resumen, los siguientes son los supuestos fácticos de las pretensiones:

1. Mediante la Resolución 429 del 16 de julio de 2007, el señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano fue nombrado en el cargo de profesional en servicio social obligatorio, grado 1, código 217, en la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño, cargo del que tomó posesión el mismo día y que desempeñó hasta el 16 de enero de 2008.
2. El 22 de enero de 2008, la entidad demandada emitió el documento contentivo de la liquidación de la relación laboral, sin que a la fecha se haya proferido un acto administrativo de reconocimiento ni efectuado el pago de los valores allí establecidos.

¹ La demanda inicial obra entre los folios 1 y 8 del expediente, sin embargo se presentó reforma a la misma mediante escrito que milita entre los folios 82 y 93 y esta fue admitida por medio del auto del 7 de julio de 2011, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño (Ff. 185-188).

3. El 23 de marzo de 2010, el demandante presentó derecho de petición mediante el cual le solicitó a la referida E.S.E. el reconocimiento y pago de la liquidación de las prestaciones sociales, el auxilio de cesantía, los intereses a la misma y la sanción moratoria, sin embargo no obtuvo respuesta.

4. En audiencia de conciliación prejudicial, las partes del presente proceso lograron un acuerdo parcial respecto del pago de las prestaciones sociales del señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano, sin embargo este no incluyó lo relativo al auxilio de cesantía, los intereses a la misma y la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de aquella.

5. Por medio de auto del 27 de abril de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo de Pasto improbió el acuerdo conciliatorio anunciado por considerar que versaba sobre derechos ciertos e indiscutibles y que el monto pactado era inferior al que resultaría de una adecuada conciliación.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 29, 53, 90 y 121 de la Constitución Política de 1991; la Ley 244 de 1995; la Ley 1071 de 2006; los artículos 8 y 11 del Decreto 3135 de 1968; 25 y 30 del Decreto 1045 de 1978; el Decreto 3148 de 1968; el Decreto 1848 de 1969 y el Código Contencioso Administrativo.

Insistió en que al término de la relación laboral con la demandada debió reconocérsele la liquidación de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones, destacando respecto de la prima de servicios que, de ser considerada factor salarial, debía pagarse en los mismos términos que a los funcionarios del orden nacional bien porque se considere que este es el régimen de los empleados de las Empresas Sociales del Estado en virtud del artículo 26 de la Ley 10 de 1990 o bien por vía de la excepción de ilegalidad con base en la violación del artículo 13 de la Constitución Política.

Hizo referencia a la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 24 de abril de 2008, en la que se apoyó para sostener que el

plazo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para que la entidad efectúe el pago del auxilio de cesantías es de 65 días y comienza a partir de la presentación de la solicitud por parte del interesado.

Con base en ello, argumentó que se le estaban desconociendo sus derechos ya que el 11 de febrero de 2008 solicitó el pago de las prestaciones sociales, incluidas las cesantías, sin que a la fecha se haya efectuado el reconocimiento de estas últimas, los intereses a las mismas y la sanción por la mora en su pago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Ff. 104-110 y 194-198)

La E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco reconoció que le adeuda a la parte actora lo correspondiente a las vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad, respecto de las demás pretensiones consistentes en el pago de la prima de servicios, auxilio de cesantía, intereses a la misma e indemnización moratoria presentó oposición. En su defensa formuló las siguientes excepciones:

- **Ineptitud por falta de requisitos formales de la demanda:** Adujo que no se indicó en la demanda el tipo de persona jurídica de derecho público que es la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco, como tampoco se identificó su representante legal ni su domicilio.
- **Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones:** Reprochó que el demandante pretendiera una doble condena en relación con la sanción moratoria.
- **Inepta demanda por insuficiencia en el poder:** La sustentó en el hecho de que el poder conferido por el demandante se dirigiese al juez administrativo de Pasto a pesar de que el proceso se tramitó en primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Nariño.
- **Pago parcial:** Explicó que la entidad demandada y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público giraron con destino a la cuenta global del Fondo

de Cesantías elegido por el demandante los correspondientes aportes patronales, de manera que una vez se presentó la separación del servicio, se expidió una resolución mediante la cual se autorizó la transferencia de los recursos a la cuenta personal del interesado y el pago de las cesantías definitivas. Así las cosas, el 14 de febrero de 2008, la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco consignó en el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte la suma de \$1.302.897 y el 3 de marzo de 2008, \$1.320.914.

- **Cobro de lo no debido:** Sostuvo que el actor está obrando de mala fe al pretender el pago de las cesantías y su correspondiente indemnización moratoria ya que era sabido por él que dicho reconocimiento correspondía al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte.

- **La innominada.**

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

- **Demandante (Ff. 260-264)**

Reiteró los hechos de la demanda y su reforma para señalar que los mismos se encuentran debidamente acreditados. Sostuvo que el acuerdo conciliatorio improbadado demuestra que la entidad demandada acepta que no ha pagado los conceptos objeto de reclamación.

Del auxilio de cesantía afirmó que una cosa es la consignación de las mismas al fondo de cesantías en la cuenta global y, otra, el pago efectivo al trabajador, cuestión última que señaló no está probada. En ese orden de ideas, agregó que de establecerse que el pago efectivo de las cesantías no se produjo dentro de los 65 días siguientes a su reclamación, debe condenarse a la demandada al pago de la respectiva indemnización moratoria.

Estimó que las anteriores razones eran suficientes para desechar las excepciones propuestas por la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco.

- Demandada.

Se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No se pronunció en esta etapa procesal.

SENTENCIA APELADA

(Ff. 344-351)

El Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión del Sistema Escritural, mediante sentencia del 8 de mayo de 2015, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

En primer término estudió la caducidad de la acción, para concluir que la misma no se configuraba toda vez que el acto administrativo acusado es producto del silencio administrativo negativo de la entidad demandada a la petición que le hiciera el actor el 11 de febrero de 2008, de manera que conforme al numeral 3 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo la demanda contra actos fictos puede ejercerse en cualquier tiempo.

De igual manera, negó que respecto de los derechos pretendidos se hubiese configurado el fenómeno de la prescripción trienal ya que si bien las prestaciones reclamadas se causaron el 16 de enero de 2008, la solicitud para su reconocimiento se presentó el 11 de febrero del mismo año, con lo que se interrumpió el término prescriptivo.

La excepción de poder insuficiente fue resuelta negativamente toda vez que la causal de nulidad que establece el numeral 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil exige la carencia total de poder, lo que no se presenta en el caso de marras.

No hizo pronunciamiento alguno respecto de las demás excepciones.

Con relación al fondo del asunto, el *a quo* sostuvo la siguiente tesis (i) es procedente acceder al reconocimiento y pago de la prima de navidad, las vacaciones y la prima de vacaciones; (ii) no hay lugar a la prima de servicios, las cesantías y los intereses a las cesantías y; (iii) la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer de la pretensión de sanción moratoria.

Al respecto, explicó que de conformidad con el artículo 6 de la Ley 50 de 1981, el régimen prestacional de quienes prestan servicio social obligatorio es el propio de la institución a la que se vinculan. En cuanto a los empleados públicos de las ESE, precisó que, antes de la Ley 10 de 1990, el régimen salarial y prestacional aplicable era el de la rama ejecutiva del nivel nacional (Decretos 1042 y 1045 de 1978), pero con posterioridad a la vigencia de la misma a estos se les aplica únicamente el régimen prestacional de la rama ejecutiva del nivel nacional (Decreto 1045 de 1978) más no el salarial (Decreto 1042 de 1978).

Dicho lo anterior, aclaró que como la prima de servicios no está consagrada dentro del régimen de prestaciones sino como un factor salarial según el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, esta no era extensiva a los empleados públicos del nivel territorial. En ese orden de ideas, destacó que a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, los empleados públicos del nivel territorial a los que le sea aplicable tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales: (i) prima de navidad; (ii) prima de vacaciones (iii) vacaciones y; (iv) cesantías y sus intereses.

Teniendo en cuenta que la demandada aceptó su obligación respecto de las vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad, que no existe un acto administrativo de reconocimiento y tampoco prueba de que hubieren sido efectivamente pagadas, el Tribunal declaró la nulidad parcial del acto ficto demandado y, en consecuencia, condenó a la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco a pagar, por concepto de las tres prestaciones anunciadas, una suma total de \$2.526.179, la cual ordenó actualizar en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

El reconocimiento de la prima de servicios fue denegado ya que al tratarse de un factor salarial solo es aplicable a los empleados públicos de la rama

ejecutiva del orden nacional, condición ajena al demandante. Igual suerte sufrieron las cesantías y sus respectivos intereses como quiera que el *a quo* encontró probado el pago de tales emolumentos.

De otra parte, la sentencia se abstuvo de resolver de fondo lo relativo al reconocimiento y pago de la sanción moratoria al considerar que dicha pretensión debía tramitarse a través de la acción ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN (Ff. 353-357)

La parte demandante consideró que la sentencia de primera instancia debe ser revocada por las siguientes razones:

(i) De la prima de servicios sostuvo que la misma debió reconocerse con fundamento en los artículos 4 y 13 de la Constitución Política, como lo hizo la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 20 de septiembre de 2007 (exp. 5200-05) en la que inaplicó por inconstitucional la expresión «del orden nacional» de las normas que regulan los salarios y prestaciones sociales de los empleados nacionales a efectos de proteger el derecho a la igualdad de los del orden territorial.

(ii) En cuanto a la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías, sostuvo que en virtud de los principios de celeridad y eficacia el asunto debía definirse en esta jurisdicción. Afirmó que aunque está probado que la E.S.E. demandada consignó por concepto de cesantía los días 14 de febrero y 3 de marzo de 2008 las sumas de \$1.302.897 y \$1.302.914 lo procedente no era su consignación sino su pago directo al señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano debido a que el actor se retiró del servicio el 16 de enero de 2008. Solicitó que, de tener como válido ese pago, se accediera a la sanción moratoria a) hasta la fecha en que el actor pueda disponer de los recursos, lo que a su juicio no ha sucedido como quiera que no los ha retirado sino trasladado del Fondo de Cesantías Horizonte al Fondo Nacional del Ahorro en el mes de junio de 2008 b) subsidiariamente, hasta

que se surtió el traslado en comento y c) hasta cuando fueron depositadas de manera completa el 3 de marzo de 2008.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes intervino en esta oportunidad procesal, conforme se indicó en la constancia secretarial visible en el folio 388 del expediente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (Ff. 380-387)

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena impuesta, se modifiquen los numerales segundo, relativo a la prima de servicios, ya que en su concepto debe ser reconocida al demandante en virtud del derecho a la igualdad, y quinto como quiera que debió pronunciarse de fondo sobre la sanción moratoria, denegándola toda vez que el auxilio de cesantía fue pagado en el término legalmente establecido.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

- 1.** ¿El señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios en virtud de su vinculación laboral a la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco, en calidad de profesional en servicio social obligatorio entre el 16 de julio de 2007 y el 15 de enero de 2008?

2 ¿Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de fondo las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en materia de cesantías? En caso afirmativo, ¿El señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano tiene derecho a la misma?

1. Primer problema jurídico

¿El señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios en virtud de su vinculación laboral a la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco, en calidad de profesional en servicio social obligatorio entre el 16 de julio de 2007 y el 15 de enero de 2008?

Lo primero que debe señalarse al respecto es que la prima de servicios reclamada por el demandante se creó a través del Decreto Ley 1042 de 1978, **«Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones»**.

El ámbito de aplicación de esta disposición fue consagrado en su artículo 1, según el cual

[...] Artículo 1. Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante [...] (Subraya fuera del texto original).

Respecto de la prima de servicios, el artículo 58 *ibidem* la definió 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 15 días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año [...] (Subraya fuera del texto original)

De otro lado, es importante precisar que el artículo 42 de dicha norma concibió el beneficio en cuestión como un factor de salario, disponiendo al respecto que

[...] Artículo 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b) Los gastos de representación.
- c) La prima técnica.
- d) El auxilio de transporte.
- e) El auxilio de alimentación.
- f) La prima de servicio.
- g) La bonificación por servicios prestados.
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión" [...] (Subraya fuera del texto original).

El hecho de que el Decreto Ley 1042 de 1978 hubiese dispuesto que regiría únicamente para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional suscitó inconformidades entre los funcionarios territoriales, quienes demandaron judicialmente el reconocimiento y pago de la prima de servicios allí establecida. Así, en materia de reconocimiento de prima de servicios a los empleados del orden territorial, el marco jurisprudencial enseña que, cronológicamente, el asunto ha sido objeto de diferentes criterios con base en los cuales algunas sentencias comenzaron por aceptar su reconocimiento para posteriormente adoptar una posición contraria.

Las decisiones judiciales que se ocuparon de esta materia en un inicio le concedieron este factor salarial a empleados del orden territorial al entender

que, con la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002, «Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial», el régimen prestacional de los servidores públicos territoriales fue equiparado con el de los nacionales, lo que justificaba la inaplicabilidad, con efectos *inter partes*, de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1 del Decreto 1042 de 1978 y el consecuente reconocimiento de la prima de servicios.

Tal es el caso de la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 20 de septiembre de 2007 (exp. 5200-05), misma en la que el apelante sustenta la alzada con base en el siguiente argumento:

[...] Consecuentemente, la Sala inaplicará la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del Decreto 1042 de 1978 en el que se regula la prima de servicios, con el propósito de hacerla extensiva a los empleados del orden territorial, que para el caso son los empleados públicos del municipio de Aquitania (Boyacá). Tal ha sido la filosofía del ordenamiento jurídico, pues el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1919 de 2002 extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados territoriales al de los nacionales, cuando textualmente expresó 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 [...]”

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado ha proferido otras decisiones judiciales en las que ha estimado que los empleados territoriales no tienen derecho a la prima de servicios que consagra el Decreto Ley 1042 de 1978 ya que extenderles tal beneficio cuando la norma es clara al establecerlo únicamente a favor de los funcionarios del orden nacional, desconocería la competencia para determinar el régimen salarial que los debe cobijar. Se enmarca dentro de dicha posición la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación proferida el 23 de octubre de 2008 (exp. 0730-07).

Ahora bien, con la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, la Corte Constitucional zanjó cualquier discusión que pudiera suscitarse en la materia ya que, al estudiar la constitucionalidad de la ya referida expresión «del orden nacional», concluyó que la misma era exequible con apoyo en los siguientes argumentos:

[...] En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial.

[...] la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.

[...] la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, se insiste de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas.

14. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.

[...] exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos

adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada.

[...] Así, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado. En esa medida, si el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa, no están los presupuestos para entrar a dilucidar el segundo problema, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no podía llevarse a cabo. Por ende, se impuso la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esa sentencia [...]

Teniendo en cuenta que las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional constituyen precedente judicial vinculante, además de compartir las apreciaciones en que se funda su posición, esta Sala entiende que los servidores públicos del orden territorial no tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios que establece el Decreto Ley 1042 de 1978, pues entender lo contrario implicaría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional para la expedición de dicha norma en la Ley 5 de 1978, literal a) del numeral 1 del artículo 1.

A lo anterior se suma el hecho de que la existencia de diferentes regímenes salariales y prestacionales aplicables a los servidores públicos no constituye *per se* una violación al principio de igualdad, por el contrario, el tratamiento disímil en esta materia se encuentra justificado en circunstancias como la naturaleza y condiciones del servicio prestado; las entidades nacionales, departamentales, distritales o municipales; las modalidades de la relación de trabajo, entre otras; lo

que torna improcedente emplear un juicio de igualdad pues cada una de ellas obedece a requerimientos disímiles².

Caso concreto

El señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano fue nombrado por la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco en el cargo de profesional en servicio social obligatorio, grado 1, código 217, por el término de seis meses a través de la Resolución 429 del 16 de julio de 2007³, fecha en la que también tomó posesión del cargo⁴.

El servicio social obligatorio fue creado por la Ley 50 del 27 de mayo de 1981 para

[...] ser prestado dentro del Territorio Nacional por todas aquellas personas con formación Tecnológica o Universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto -Ley 80 de 1980. El término para la prestación del Servicio Social Obligatorio, será hasta de un año. Parágrafo. El cumplimiento del Servicio Social Obligatorio se hará extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, que pretendan ejercer su profesión en el país, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales [...] (art. 1)

Esta norma previó en su artículo 6 que tanto las tasas remunerativas como el régimen prestacional de «[...] quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio [...]», de manera que mientras prestó sus servicios en la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco, en materia laboral y prestacional, el hoy demandante estuvo cobijado por el régimen propio de dicha entidad.

Establecido lo anterior, es importante señalar que dicha institución hospitalaria, creada por el Concejo Municipal de Tumaco mediante Acuerdo 004 de 1999, es una entidad pública descentralizada del orden municipal, lo que significa que la vinculación laboral del actor a la misma se dio en calidad

² Sobre el particular puede leerse la sentencia de la Corte Constitucional C-313 de 2003.

³ F. 54.

⁴ F. 55.

de empleado público del orden territorial, motivo por el cual resultan aplicables las consideraciones precedentes relativas a la improcedencia de la prima de servicios.

En conclusión: El señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano no tiene derecho a la prima de servicios toda vez que, al haber tenido la condición de empleado público territorial, no le es aplicable el Decreto Ley 1042 de 1978, que consagra este beneficio como factor salarial exclusivamente a favor de los funcionarios del orden nacional.

2. Segundo problema jurídico:

¿Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de fondo las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en materia de cesantías? En caso afirmativo, ¿El señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano tiene derecho a la misma?

En cuanto a la jurisdicción a la que han sido asignada las controversias relativas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estableció que tales asuntos correspondían a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, criterio que desde entonces ha sido acogido por la Corporación. Así, en sentencia del 27 de marzo de 2007 [rdo. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ)] se estableció

[...] 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. En este sentido 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 la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

[...]

Conforme al texto de la Ley 244 de 1995, se presentan varias hipótesis, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, respecto de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas: a) La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías. b) La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. c) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir varias posibilidades: c.1) La reconoce oportunamente pero no las paga. c.2) La reconoce oportunamente pero las paga tardíamente. c.3) La reconoce extemporáneamente y no las paga. c.4) La reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente. d) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido. La vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. Ahora, la acción de grupo no es la vía idónea para reclamar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas toda vez que su finalidad es indemnizatoria. En conclusión: 1) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. 2) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía. 3) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva. 4) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. Finalmente, en atención a que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, instrumento que ahora se considera improcedente, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por

lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

[...]

Conforme a esta sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer el asunto relacionado con el pago de la sanción moratoria, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo salvo que el empleado tenga en su poder tanto el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y el que le reconoce la indemnización moratoria, pues, de no ser así, se debe dirigir a la administración para provocar la decisión de ésta referida al reconocimiento o no de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, según lo dispuestos por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pues, para que haya certeza sobre la obligación no basta que la ley disponga el pago de la sanción moratoria, ya que ella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas pero no el título ejecutivo, el cual se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. Por tanto, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo". (Subrayas fuera del texto original)

Siguiendo esta tesis, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del 16 de febrero de 2017 (rdo. 110010102000201601798 00), unificó el criterio en relación con la jurisdicción a la que corresponden las demandas en las que se pretenda la declaratoria de mora en el pago de las cesantías, confirmando que se trata de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esta oportunidad, señaló la corporación:

[...] si el accionante presenta una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declare que la administración ha incurrido en mora y por lo tanto está obligada a pagar intereses, será la competente la jurisdicción administrativa.

Lo que significa que el conocimiento de la demanda contra ese acto que reconoció el pago de sanción moratoria corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de acuerdo a las competencias señaladas por la ley 1437 de 2011, como lo indica reiteradamente la jurisprudencia de la máxima autoridad en materia contenciosa administrativa, pues, la

pretensión se dirige a la anulación de un acto administrativo, que denegó el pago de la sanción moratoria porque las cesantías se pagaron de manera tardía.

[...]

En jurisprudencia actual del Consejo de Estado, se confirma la competencia de los jueces administrativos frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, así las cosas, el actor debe acudir a la Jurisdicción Administrativa, ya que el Consejo de Estado es claro en señalar que la vía procesal adecuada es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es en últimas lo que se pretende en la demanda.

Es de resaltar que en este tema, y para que no existan más controversias frente a la solución de conflictos de sanción moratoria, se unificó el criterio, en el sentido de exaltar lo que realmente pretende la parte actora, desde el punto de vista sustancial o material, lo cual es obtener por vía judicial el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la ley, por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por parte de la entidad demandada, siendo así la jurisdicción administrativa la competente para conocer del asunto [...]

Así las cosas, la Sala, atendiendo a la posición jurisprudencialmente consolidada, estima que únicamente en los casos en que existe certeza del derecho a las cesantías y a la sanción moratoria, lo que presupone la existencia de un título ejecutivo contentivo de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, podrá acudirse al proceso ejecutivo, de lo contrario, la vía procesal adecuada para controvertir la existencia o no de tales emolumentos está dada por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Establecido lo anterior, es importante señalar que, en cuanto a las cesantías⁵ definitivas, la Ley 244 de 1995⁶ dispuso que habrán de reconocerse a los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado una vez terminen su relación laboral, para lo cual previó no solo unos términos perentorios a

⁵ Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes.

⁶ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones

efectos de su liquidación, reconocimiento y pago, sino también una sanción por mora en caso de que se pague de forma tardía dicha prestación.

Así pues, la indemnización moratoria referida es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del empleado, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo⁷. Esta fue creada con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley. Nótese, en consecuencia, que el espíritu de la norma es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías.

Posteriormente, la norma legal en cuestión fue adicionada por la Ley 1071 de 31 de julio de 2006⁸, la cual indicó lo siguiente en relación con el procedimiento que debe surtir la administración para la liquidación de la referida prestación:

[...] Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo [...]

⁷ Ver sentencia del 8 de abril de 2010, expediente 1872-2007.

⁸ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley [244](#) de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

Ahora bien, una vez proferida la resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, determina que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

[...] Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. [...]

Por su parte, el párrafo del artículo en mención, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía, en el evento de incumplirse los términos legales, con el siguiente tenor literal:

[...] Párrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este [...]

Así entonces, la anterior normativa contempla el tiempo de que dispone la administración para la liquidación y pago de las cesantías, y consagra una sanción moratoria en caso de que se incumpla el mismo. Sobre la forma en que ha de efectuarse el cómputo de aquellos términos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha sostenido⁹

[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación 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

⁹ Sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente 2777-2004.

(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 [...]

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria [...]

Caso concreto

Establecido lo anterior, se concluye con claridad que, como en este caso se está controvirtiendo el acto ficto o presunto a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por las cesantías, la jurisdicción y el cauce procesal adecuado son los que efectivamente eligió el demandante y, por lo tanto, erró el *a quo* al abstenerse de pronunciarse sobre aquella pretensión, la cual ha de ser resuelta como sigue a continuación.

El apelante considera que, a pesar de estar probado que la E.S.E. demandada consignó por concepto de cesantía los días 14 de febrero y 3 de marzo de 2008 las sumas de \$1.302.897 y \$1.302.914, lo procedente no era su consignación al entonces llamado Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A. sino su pago directo al señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano debido a que este se retiró del servicio el 16 de enero de 2008.

Solicitó que, de tener como válido ese pago, se accediera a la sanción moratoria a) hasta la fecha en que el actor pueda disponer de los recursos, lo que a su juicio no ha sucedido como quiera que no los ha retirado sino trasladado del Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte al Fondo Nacional del Ahorro en el mes de junio de 2008 b) subsidiariamente, hasta que se surtió el traslado en comento y c) hasta cuando fueron depositadas de manera completa el 3 de marzo de 2008.

Al respecto, hay que decir que, en principio, al término de la vinculación laboral los saldos de cesantías a favor del trabajador no consignados al fondo deben pagarse en forma directa al empleado con los intereses legales correspondientes. Aunque las cesantías definitivas deberían pagarse directamente al servidor público dentro del término ya anunciado, no resulta razonable ni proporcional que se condene a la entidad estatal a la sanción moratoria cuando aquellas, en lugar de pagarse directamente al trabajador, son consignadas en el Fondo de Cesantías elegido por el funcionario ya que, en cualquier caso, dicho pago se realiza en la cuenta individual de este, pudiendo disponer de los recursos para retirarlos mientras que esté cesante o para trasladarlos a otro fondo, de manera que no se afecta el interés jurídico protegido consistente en que el servidor público que se retira del servicio perciba oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías.

Lo anterior se explica toda vez que, como la consignación se realiza en la cuenta individual a nombre del funcionario, en estricto sentido, se paga válidamente al acreedor en los términos del artículo 1626 del Código Civil, según el cual

[...] ARTICULO 1634. PERSONA A QUIEN SE PAGA. Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aún a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía [...]

Establecido lo anterior, es preciso señalar que en el *sub lite*, se encuentra probado lo siguiente:

- El demandante prestó sus servicios como médico del servicio social obligatorio en la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco entre el 16 de julio de 2007 y el 16 de enero de 2008¹⁰.

¹⁰ F. 62.

- El 11 de febrero de 2008, el actor le solicitó a la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco la liquidación de prestaciones sociales definitivas.
- Mediante Resolución 0053 del 9 de febrero de 2008, la entidad demandada autorizó la transferencia de cesantías depositadas en el Fondo Administrador de Cesantías Horizonte S.A. de la cuenta global a la cuenta individual de varios de sus funcionarios, entre ellos el hoy demandante¹¹.
- La E.S.E. en comento afilió al señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano al Fondo de Cesantías Horizonte el 14 de febrero de 2008, realizando aportes por \$1.302.697 el 14 de febrero de 2008 y por \$1.320.914 el 3 de marzo de la misma anualidad¹².

Conforme a lo manifestado hasta ahora, la Sala considera que a pesar de que las cesantías definitivas deben ser canceladas directamente al funcionario, el error cometido en este caso por la administración pública al consignar dicha prestación al fondo no tiene la entidad de generar la mora alegada por él como quiera que, en los términos del citado artículo 1634, el pago fue recibido por el acreedor dentro de los 65 días siguientes a la solicitud de reconocimiento, si bien no mediante un cheque o en la cuenta bancaria dispuesta por él, sí lo fue en una cuenta individual de cesantías que se encontraba a su nombre.

Es importante notar que entre la fecha en que el actor solicitó el pago de las cesantías definitivas, esto es, el 11 de febrero de 2008, y aquella en que estas le fueron consignadas en su cuenta en el Fondo de Cesantías Horizonte S.A., 14 de febrero y 3 de marzo de 2008, no alcanzó a vencerse el término que consagran las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, y, por ende, no se configuró la mora en el pago de dicha prestación social.

¹¹ Ff. 233-234.

¹² Ff. 222-224.

En conclusión: Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de fondo las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en materia de cesantías, sin embargo, en el caso concreto no hay lugar a acceder a la misma. Lo anterior porque el pago de las cesantías definitivas que efectuó la E.S.E. Hospital Divino Niño de Tumaco a la cuenta individual de cesantías del señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano en el fondo Horizonte S.A. satisface los términos del artículo 1634 del Código Civil y, por ende, constituye un pago válido, efectuado dentro del término que conceden las Leyes 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Subsección A revocará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, confirmando en todo lo demás la providencia apelada.

Renuncia al poder

La abogada María Patricia López Arévalo, apoderada de la entidad demandada, presentó renuncia al poder, la que acompañó de la correspondiente comunicación informando su determinación a aquella. En ese orden de ideas, se aceptara la respectiva renuncia por reunir los requisitos de que trata el artículo 76 del Código General del Proceso.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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: REVÓCASE el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, proferida el 8 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión del Sistema Escritural, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Juan Guillermo de los Ríos Arellano en contra de la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco.

Segundo: CONFÍRMASE en todo lo demás la providencia apelada.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Acéptase la renuncia¹³ que presentó la abogada María Patricia López Arévalo al poder otorgado por la E.S.E. Centro Hospital Divino Niño de Tumaco, por reunir los requisitos de que trata el artículo 76 del CGP.

Quinto: 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

¹³ Ff. 389-390.

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ