

CESANTIAS - No pago. Procedencia de la sanción moratoria en aplicación del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 / CESANTIAS - No pago. Pago parcial aplica sanción moratoria / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio por no pago oportuno de cesantías. Aplicación de sanción moratoria

El no pago oportuno de la totalidad de las cesantías definitivas a la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso, obedeció a que no fue posible que la Dirección del Tesoro del Ministerio de Hacienda devolviera la suma que le había sido consignada. (...) Con fundamento en los hechos que vienen de señalarse se encuentra probado en el proceso que la entidad demandada nunca canceló la totalidad de las cesantías definitivas que le habían liquidado a la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso. Dicho proceder de la entidad demandada no tiene justificación alguna y merece todo el reproche de la Sala, pues constituye una burla para la actora, quien vio impotente cómo transcurría el tiempo y la administración le negaba el derecho que tenía a que le fuera entregada la totalidad de sus cesantías definitivas, al parecer por un error en la solicitud de descuento. (...) una vez reconocidas y liquidadas las cesantías definitivas de la actora, la obligación era pagarlas en su totalidad y, en tal medida, su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995, motivo por el cual, bajo las circunstancias expuestas, en el presente asunto será reconocida por esta Corporación en su favor la sanción prevista por la ley. (...) En relación con la sanción por el no pago oportuno de las cesantías, el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 dispone que la indemnización a que da lugar corresponde a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del vencimiento de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución que contiene el reconocimiento de esa prestación, en tanto el reconocimiento se haya hecho en la oportunidad establecida en la norma. (...) Es obligación de las entidades estatales, en su calidad de patronos, atender el pago oportuno de las cesantías, so pena de incurrir en la sanción moratoria antes indicada, por lo que, en el presente caso, como sea que el acervo probatorio recaudado permite imputar a la demandada el daño por el cual se reclama la indemnización, se modificará la sentencia impugnada y se ordenará el pago de la sanción moratoria reclamada.

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del Estado por omisión en el pago de cesantías a sus dependientes ver: Sección Segunda, Sentencia de 6 de marzo de 2008, exp. 0875-06

RECURSO DE APELACION - Impugnación de decisión judicial. Aplicación de los principios de congruencia y dispositivo / RECURSO DE APELACION - Principio de congruencia / RECURSO DE APELACION - Principio dispositivo

A través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al apelante confrontar con sus propias consideraciones los argumentos que el juez de primera instancia tuvo en cuenta para tomar su decisión, (...) En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual,

en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del principio de congruencia ver sentencias de 1 de abril de 2009, exp. 32800; 29 de agosto de 2008, exp. 14638; 9 de febrero de 2012, exp. 21060

PERJUICIOS - Indemnización moratoria / INDEMNIZACION MORATORIA - Liquidación / INDEMNIZACION MORATORIA - Pagos parciales

En esta oportunidad se ordenará actualizar la suma que se dejó de pagar, desde el momento de la sentencia de primera instancia , hasta la fecha de esta providencia (...) De otro lado, la Sala condenará a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales causados (...) con la mora en el pago de las cesantías definitivas, (...) En relación con el salario base para liquidar, se encuentra que esta Corporación ha manifestado que en el evento de haberse efectuado pagos parciales de cesantías, el valor de la sanción moratoria por el tiempo que transcurra hasta el pago definitivo, debe reducirse en el porcentaje que representa el pago parcial respecto del valor total reconocido por auxilio de cesantías, aplicado sobre el día de salario base para calcular la sanción .

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver sentencia de 5 de julio de 2007, exp. 9708-05

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., tres (3) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-00212-01(26319)

Actor: ISABEL CRISTINA SERRATO TRONCOSO

Demandado: REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2003, por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se decidió:

“PRIMERO. DECLARASE administrativamente responsable a la Nación – Registraduría Nacional del Estado Civil, por la retención indebida de la suma de 630.419,00, efectuada sobre el pago de las cesantías definitivas, a favor de la señora ISABEL CRISTINA SERRATO TRONCOSO.

“SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENASE a la Nación-Registraduría Nacional del Estado Civil a pagar a la demandante la suma de NOVECIENTOS SIETE MIL CIENTO DIEZ PESOS (\$907.110,00) por concepto de actualización de la suma retenida, esto es \$630.419,00 más los intereses sobre dicha cantidad, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

“TERCERO. Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

“CUARTO. NIEGUESE (sic) las demás pretensiones de la demanda.

“QUINTO. Sin condena en costas.”¹

I.-ANTECEDENTES

La señora Isabel Cristina Serrato Troncoso, quien actúa en nombre propio, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa instaurada en contra de la NACIÓN – REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, solicitó se declare a la parte demandada patrimonialmente responsable por el no pago oportuno de las cesantías definitivas causadas a su favor, durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1993 y el 26 de octubre de 1999.

Consecuencialmente solicitó que se condenara a la parte demandada a realizar el pago total de las cesantías y a cancelar a título de sanción un día de salario por cada día de mora, a partir del 14 de enero de 2000, fecha en la cual se vencieron los términos otorgados por los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y finalmente se reconozca el valor de la indexación o corrección monetaria sobre el valor de las cesantías definitivas por el retardo o sobre la indemnización moratoria.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones expuso los que la Sala se permite resumir de la siguiente manera:

Se afirmó en la demanda que la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso, prestó sus servicios a la Registraduría del Estado Civil durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1993 y el 26 de octubre de 1999.

Expuso la parte accionante que una vez retirada del cargo la Señora Serrato reclamó ante su empleadora el pago de sus cesantías; que mediante la Resolución 1544 del 12 de abril de 2000, le reconocieron la suma de \$6.408.069, valor que no fue cancelado en su totalidad quedando un saldo de

¹ Folios 53 a 61 del Cuaderno No. 3.

\$630.419, suma que hasta la fecha de presentación de la demanda no le había sido pagada².

La demanda así formulada y radicada el 28 de enero de 2002³, fue admitida por auto del 21 de marzo de ese mismo año⁴, notificada en legal forma al Ministerio Público el 1 de abril siguiente⁵ y a la Registraduría Nacional del Estado Civil el 8 de julio de 2002⁶.

La Registraduría Nacional del Estado Civil contestó la demanda y se opuso a todas las pretensiones de la misma porque, mediante resolución expedida el 12 de abril de 2000, reconoció y ordenó el pago de un auxilio de cesantías definitivo a la demandante por haber sido desvinculada el 27 de octubre de 1999, y advirtió que dicha liquidación se realizó conforme a los lineamientos de la ley 33 de 1985 y los decretos 2755 de 1996, 1045 de 1978 y 329 de 1979.

Agregó la entidad demandada que el valor reclamado por la demandante - \$630.419 -, le fue descontado de la liquidación por solicitud expresa de la Pagadora de Cali y devuelto a la Dirección del Tesoro Nacional y que, una vez fue solicitada su devolución, se realizó el trámite pertinente ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero que al no ser posible su recuperación, se le informó a la petente que el único mecanismo viable para su recuperación era la conciliación⁷.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 12 de septiembre de 2002 abrió el proceso a pruebas⁸ y decretó las solicitadas por las partes.

Concluido el término probatorio, a través de auto de 3 de octubre de 2002, se corrió traslado para alegar de conclusión⁹, oportunidad procesal en la cual el Ministerio Público y la demandada guardaron silencio.

La parte actora se pronunció para reiterar la misma argumentación expuesta en la demanda¹⁰.

I.I.-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 30 de octubre de 2003¹¹, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En primer término manifestó que la acción de reparación directa no era la idónea para solicitar el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción por mora pretendida por la parte actora y, en segundo lugar, que se encontraba totalmente probado que de la suma reconocida como cesantías definitivas se había

² Folios 3 a 13 del Cuaderno No. 1.

³ Folio 12 del Cuaderno No. 1.

⁴ Folios 15 y 16 del Cuaderno No. 1.

⁵ Folio 16 vto. del cuaderno No. 1.

⁶ Folio 18 del Cuaderno No. 1.

⁷ Folios 27 a 31 C. 1.

⁸ Folio 43 del cuaderno No. 1.

⁹ Folio 45 del Cuaderno No. 1.

¹⁰ Folios 50 del Cuaderno No. 1.

¹¹ Folios 53 a 61 del Cuaderno No. 3.

descontado un valor que no había sido autorizado y que la demandada había omitido el pago del mismo, hecho que, según su entender, constituía una falla en el servicio por omisión, generándose responsabilidad administrativa al respecto.

I.II.- EL RECURSO DE APELACION

De manera oportuna la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia para solicitar su modificación en relación con el reconocimiento de la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías, en cuantía equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del 14 de enero de 2000 y hasta cuando se efectúe el pago completo de esta prestación.

Agregó la actora que no impugnó la resolución mediante la cual se reconoció las cesantías definitivas por encontrarse de acuerdo con ésta, solo que, al momento de hacer efectivo el pago, la entidad, sin mediar acto administrativo alguno que así lo justificara, descontó del pago total la suma de \$630.419,00, concluyendo de allí la demandante que como el pago no se hizo oportunamente en su integridad, hay lugar a reconocerle un día de salario por cada día de mora¹².

2. El trámite de segunda instancia

El recurso planteado en los términos expuestos fue admitido el 27 de febrero de 2004¹³ y, por auto del 7 de mayo del mismo año¹⁴ se corrió traslado de él a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal que transcurrió sin que se hiciera pronunciamiento alguno.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a esta Sala decidir el recurso de apelación dado que la providencia recurrida fue proferida en un proceso con vocación de doble instancia, puesto que la demanda se presentó el 28 de enero de 2002 y la pretensión mayor se estimó en ochenta y cuatro millones seiscientos ochenta y ocho mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$84.688.254), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, mientras que el monto exigido para el año 2002 para que un proceso, adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, tuviera vocación de segunda instancia era de \$36.950.000¹⁵.

2. Ejercicio oportuno de la acción

¹² Folios 63 a 69 del cuaderno No. 3.

¹³ Folio 82 del cuaderno No. 3.

¹⁴ Folio 84 del cuaderno No. 3.

¹⁵ Decreto 597 de 1988.

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Decreto 01 de 1986¹⁶, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

En el presente caso la pretensión resarcitoria se origina en los daños sufridos por la actora con ocasión del no pago de la totalidad de las cesantías definitivas reconocidas mediante la Resolución 1544 del 12 de abril de 2000¹⁷, lo que significa que tenía hasta el día 27 de junio de 2002 para presentarla y, como ello se hizo el 28 de enero 2002, resulta evidente que la acción se ejerció dentro del término previsto por la ley.

3. El objeto del recurso de apelación

Antes de abordar el análisis respecto del objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, resulta necesario recordar que el mismo solamente se ocupó de controvertir: i) la idoneidad del ejercicio de la acción de reparación directa en este tipo de procesos y ii) el tema relacionado con el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la totalidad de las cesantías reconocidas mediante la Resolución 1544 de 12 de abril de 2000.

Al respecto conviene señalar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –*en este caso la que contiene una sentencia*–, por lo cual corresponde al apelante confrontar con sus propias consideraciones los argumentos que el juez de primera instancia tuvo en cuenta para tomar su decisión, para, sobre dicha base, solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que precisamente se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (...)”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el

¹⁶ Normatividad aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: “*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.*”

¹⁷ El artículo 2 de la Ley 244 de 1995 dispone que “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 del Ahorro”. En estos términos la Registraduría Nacional del Estado Civil tenía hasta el 26 de junio de 2000 para pagar la totalidad del reconocimiento que por cesantías había hecho en la Resolución 1544 de 12 de abril de 2000.

principio de congruencia¹⁸ de la sentencia como el principio dispositivo¹⁹, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem al amparo de la máxima: ‘tantum devolutum quantum appellatum’*”²⁰.

Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez²¹. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, de contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre²².

La Sección ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, como sigue:

*“Ninguna precisión resultaría necesario efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte actora no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el a quo”*²³.

En posterior pronunciamiento efectuado por la Sección, se precisó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia

¹⁸ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

¹⁹ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”

“Son características de esta regla las siguientes:

“(…). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

²⁰ Al respecto, ver sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

²¹ Así lo consideró la Sala en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26.261. M.P. Alier Hernández Enríquez.

²² Artículo 212 del Código Contencioso Administrativo - Decreto Ley 01 de 1984

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto del 2008, Exp. 14638.

del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”²⁴.

Más recientemente la Sección vino a pronunciarse en el mismo sentido en sentencia del 9 de febrero de 2012²⁵:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella (...)” (se resalta).*

Así las cosas, la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, se circunscribirá al estudio de los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación interpuesto por la actora.

4. Idoneidad de la acción impetrada

La actora acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio de la acción de reparación directa, teniendo como soporte la omisión en que - manifiesta - incurrió la entidad demandada al no haberle pagado la totalidad de las cesantías definitivas reconocidas mediante la Resolución No. 1544 de 12 de abril de 2000.

En relación con el tema la Sala Plena de la Corporación mediante providencia de 27 de marzo de 2.007²⁶, se ocupó de unificar los criterios existentes al interior de la Corporación en torno a la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria por la no cancelación en tiempo oportuno de las cesantías, concluyéndose que, dependiendo de la tipología del caso, en unos eventos sería la de nulidad y restablecimiento del derecho y en otros la acción ejecutiva ante la justicia ordinaria, en dicha oportunidad se dijo:

“Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

“(...)”

“Dicho de otro modo, como el perjuicio por reparar se origina en una decisión o manifestación unilateral de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos es necesario invalidarla, previo agotamiento de la vía gubernativa, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que mediante las acciones de reparación

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de abril de 2009, Exp. 32.800, Consejera ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección el 9 de febrero de 2012 en el expediente No. 21060, Magistrado Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2.007, Exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ)

directa o de grupo puedan anularse los actos administrativos, estas no son la vía procesal adecuada.

“Desconocería la integridad del ordenamiento jurídico percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo porque este continuaría produciendo efectos jurídicos ya que ese es su cometido legal.

“(i) 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.

“(ii) 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.

“(iii) 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.

“(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

“Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho”.

La misma providencia se ocupó de precisar el derrotero a seguir con los procesos que ya se encontraban en curso para la fecha de la sentencia y que se hubieren iniciado con fundamento en la jurisprudencia reinante al momento de entablarse la demanda, para señalar que por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, dichos procesos debían continuar hasta su culminación, conforme a la pauta jurisprudencial respectiva. Al respecto indicó:

“Efectos de la presente sentencia

Como fue reseñado, 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, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

Sin embargo, 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.”

Por su parte la Sala Plena de la Sección, mediante providencia del 4 de mayo de 2011, reafirmando lo decidido en la referida Sentencia de Sala Plena, dispuso²⁷:

“Y si al momento de presentarse una demanda, el usuario de la administración de justicia se ampara en un criterio jurisprudencial que le orienta la manera como debe hacer valer sus pretensiones, constituiría un obstáculo inadmisibles, el que con posterioridad la jurisprudencia misma se encargara de cambiar el planteamiento en su momento adoptado y -al hacerlo- le cerrara las puertas a la jurisdicción.

*“Como el acceso a la justicia necesita de un conjunto de garantías que posibiliten y hagan realidad el ejercicio de este derecho fundamental, el Estado debe propiciar las condiciones jurídicas y materiales para su vigencia en términos de **igualdad** (art. 13 constitucional). Y por ello si un órgano de cierre fija en un momento dado un criterio jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un derecho, es claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio en este punto.*

“Una decisión en ese sentido, claramente obstaculiza el goce y el ejercicio del derecho a acceder a la justicia y se erige en una barrera ilegítima erigida, paradójicamente, por aquel que está encargado de hacer valer su contenido y alcance”.

De suerte que la Sala entrará a analizar el presente caso, teniendo en consideración que para el año de presentación de la demanda – 2002 – el criterio jurisprudencial reinante permitía ejercer esta acción para reclamar la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías²⁸.

5. El caso concreto

Del material probatorio allegado en debida forma al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente:

Que mediante la Resolución 1544 de 12 de abril de 2000 se le reconoció y ordenó el pago del auxilio de cesantía definitiva a la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso por la suma de \$6.408.069²⁹.

Que de dicho reconocimiento se le descontó la suma de \$630.419, en atención a la solicitud realizada el 13 de marzo de 2000 por la Pagadora Segunda – Zona Cali de la Registraduría Nacional del Estado Civil³⁰.

²⁷ Proceso No. 19957, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa. En igual sentido, Sentencia del 31 de agosto de 2011, Rad.19895. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio.

²⁸ Al respecto puede consultarse la Sentencia de la Sección Tercera del 26 de febrero de 1998, radicación #10813

²⁹ Así se hace constar en el oficio de 10 de octubre de 2001 suscrito por la Profesional Universitaria de la Pagaduría Central de la Registraduría Nacional del Estado Civil, visible a folio 32 del Cuaderno No. 1.

Que en atención a la solicitud de “*pago de la suma retenida*” de las cesantías definitivas, presentada por la ahora demandante, el gerente de talento humano de la Registraduría Nacional del Estado Civil le manifestó que:

“En atención a su solicitud contenida en el oficio referenciado en el asunto, relacionada con el reconocimiento y pago de la suma que le fue retenida por el pagador central al efectuar el pago de sus cesantías definitivas, de manera atenta me permito informarle que de acuerdo con la información suministrada por la Pagaduría central y la coordinación de presupuesto, el dinero que le fue retenido de sus cesantías definitivas ya fue reintegrado a la Dirección del Tesoro del Ministerio de Hacienda.

Por lo tanto se ha solicitado a la coordinación de presupuesto, gestionar ante la Dirección del Tesoro del Ministerio de Hacienda, con prontitud la devolución de ese dinero con el fin de atender su justa reclamación.”³¹

Que el no pago oportuno de la totalidad de las cesantías definitivas a la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso, obedeció a que no fue posible que la Dirección del Tesoro del Ministerio de Hacienda devolviera la suma que le había sido consignada³².

Con fundamento en los hechos que vienen de señalarse se encuentra probado en el proceso que la entidad demandada nunca canceló la totalidad de las cesantías definitivas que le habían liquidado a la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso.

Dicho proceder de la entidad demandada no tiene justificación alguna y merece todo el reproche de la Sala, pues constituye una burla para la actora, quien vio impotente cómo transcurría el tiempo y la administración le negaba el derecho que tenía a que le fuera entregada la totalidad de sus cesantías definitivas, al parecer por un error en la solicitud de descuento.

Resulta necesario advertir que el hecho de tratarse simplemente de un saldo no es óbice para la configuración de la sanción moratoria, pues ya esta Corporación ha prohijado la procedencia de esta sanción cuando parte de las cesantías definitivas no han sido canceladas de manera oportuna, y sobre el particular sostuvo:

“La indemnización moratoria que regula la Ley 244 de 1995, se causa cuando la administración cae en mora en el pago del auxilio de cesantías que se ha liquidado en un acto administrativo en firme.

“Frente a lo anterior, la Resolución No 0420 de 2001 en el numeral 1° de la parte resolutive estableció: que reconocía el pago a favor del actor por concepto de cesantías definitivas correspondiente al período de diciembre 20 de 1973 a agosto 30 de 2001 del pasivo de la Universidad del Magdalena, el cual corresponde al 10.11% cuyo valor es la suma de Ocho Millones Setecientos Ochenta y Tres Mil treinta y un Pesos; a su vez el numeral 2° reconoce y autoriza el pago por concepto del 12% de los intereses sobre el 10.11% de las cesantías reconocidas por la suma de Un millón Cincuenta y Tres Mil Novecientos Sesenta y Tres Pesos.

³⁰ Folios 40 y 41 del Cuaderno No. 1. En dicha comunicación la Pagadora solicitó “muy comedidamente se sirva reintegrar los cinco (5) días que se le cancelaron”.

³¹ Folio 6 del cuaderno No. 2.

³² Así se concluye de la comunicación que le fue enviada a la actora por el Gerente de Talento Humano de la Registraduría del Estado Civil, visible a folio 6 del Cuaderno No 2.

“A folio 467 del expediente, el Tesorero pagador de la Universidad del Magdalena certifica que mediante orden de pago No. 002650 de 30 de octubre de 2001, se canceló el valor de ocho millones setecientos ochenta y tres mil treinta y un pesos (\$ 8.783.031) por concepto de cesantías, y la suma de un millón cincuenta y tres mil novecientos sesenta y tres pesos (\$1.053.963) por concepto de intereses a las mismas.

“Si bien es cierto que la administración solo reconoció y pagó el porcentaje correspondiente al 10.11% de la liquidación total efectuada, la Sala observa que la Resolución No. 420 de 2001, liquidó el monto total de las cesantías, razón por la cual es aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, por lo cual la Universidad deberá cancelar un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, a partir del 13 marzo de 2002, en consideración a que la Resolución No. 632 de 2001 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición instaurado contra la Resolución No. 420 de 24 de septiembre de 2001, fue notificada el 8 de enero de 2002 tal como consta en el folio 19 vuelto, fecha desde la cual deben contarse los 45 días de gracia que otorga la Ley para el pago.”³³(Se resalta).

De conformidad con el anterior pronunciamiento, una vez reconocidas y liquidadas las cesantías definitivas de la actora, la obligación era pagarlas en su totalidad y, en tal medida, su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995, motivo por el cual, bajo las circunstancias expuestas, en el presente asunto será reconocida por esta Corporación en su favor la sanción prevista por la ley.

En relación con la sanción por el no pago oportuno de las cesantías, el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 dispone que la indemnización a que da lugar corresponde a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del vencimiento de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución que contiene el reconocimiento de esa prestación, en tanto el reconocimiento se haya hecho en la oportunidad establecida en la norma.

Es obligación de las entidades estatales, en su calidad de patronos, atender el pago oportuno de las cesantías, so pena de incurrir en la sanción moratoria antes indicada, por lo que, en el presente caso, como sea que el acervo probatorio recaudado permite imputar a la demandada el daño por el cual se reclama la indemnización, se modificará la sentencia impugnada y se ordenará el pago de la sanción moratoria reclamada.

6. La indemnización de perjuicios. Liquidación de la sanción moratoria

Como la entidad demandada nunca allegó al proceso prueba que permitiera deducir que el pago total de las cesantías definitivas que le correspondían a la actora se hizo, en esta oportunidad se ordenará actualizar la suma que se dejó de pagar, desde el momento de la sentencia de primera instancia³⁴, hasta la fecha de esta providencia con aplicación de la siguiente fórmula:

³³sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, fechada el 6 de marzo de 2008 y con ponencia del H. Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 0875-06.

³⁴ El Tribunal a quo actualizó el capital adeudado hasta la fecha de la sentencia por ellos proferida, 30 de octubre de 2003.

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

En donde:

Ra: Renta actualizada

Rh: Renta histórica que se va a actualizar (\$777.874) suma que corresponde al valor actualizado, por el a quo, de lo dejado de cancelar, desde el momento en que se debió pagar y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia.

Ipc (f): Es el índice mensual de precios al consumidor correspondiente a la fecha en que se realiza la actualización 112,64.

Ipc (i): Es el índice mensual de precios al consumidor correspondiente a la fecha de la sentencia de primera instancia, porque la suma fue actualizada por el a quo hasta ese momento.

$$Ra = \frac{777.874 \times 112.64}{75.30}$$

$$Ra = 1.163.609$$

De otro lado, la Sala condenará a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales causados a la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso con la mora en el pago de las cesantías definitivas, en los términos previstos en la Ley 244 de 1995 y en la Sentencia de la Sala Plena de esta Corporación de 27 de marzo de 2007, Expediente No. IJ 2000-2513³⁵.

Por tal razón, como la Resolución No. 1544 de 12 de abril de 2000 que liquidó y ordenó el pago de las cesantías definitivas, fue expedida el 12 de abril de 2000, a esta fecha se adicionarán 5 días hábiles que corresponden a la ejecutoria del acto administrativo – hasta el 19 de abril de 2000 – fecha a la que se agregarán los 45 días hábiles dentro de los cuales debía efectuar el pago, vale decir, hasta el 28 de junio de 2000, concretándose de esta manera el término de gracia que tenía la demandada para efectuar el pago en debida forma y libre de sanción.

En relación con el salario base para liquidar, se encuentra que esta Corporación ha manifestado que en el evento de haberse efectuado pagos parciales de cesantías, el valor de la sanción moratoria por el tiempo que transcurra hasta el pago definitivo, debe reducirse en el porcentaje que representa el pago parcial respecto del valor total reconocido por auxilio de cesantías, aplicado sobre el día de salario base para calcular la sanción³⁶.

³⁵ “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 (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.”

³⁶ La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2007, Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCÍA, expediente 9708-05, sobre el tema dispuso que: “En consecuencia, la Universidad, a partir de 16 de julio de 1999, se constituyó en mora de pagar las cesantías a la actora, por lo que para la Sala es imperioso concluir que se causó la indemnización de un salario por cada día de retardo hasta la fecha del efectivo pago.”

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el saldo no cancelado - \$630.419- corresponde al 9.84% del valor de las cesantías totales, será éste el porcentaje del salario devengado que se tendrá como base de liquidación.

Así las cosas como el salario base de liquidación de las cesantías era de \$3.558.354,54³⁷, éste será actualizado hasta la fecha de esta sentencia conforme al índice de precios al consumidor y se dividirá entre 30 para efectos de establecer el salario diario y a esta suma se le sacará el 9.84% cuyo resultado se multiplicará por el número total de días de mora, arrojando el valor final de la sanción moratoria a cargo de la entidad demandada.

De esta manera, se tiene:

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final}^{38}}{\text{Índice inicial}^{39}}$$

$$Ra = 3.558.354,54 \frac{112.64}{60.67}$$

$$Ra = 6.606.446$$

$$6.604.446 / 30 = 220.215 \times 9.84\% = 21.669.16$$

Días transcurridos entre el 28 de junio de 2000 hasta la fecha, ya que no obra en el expediente prueba de la que se pueda deducir que la entidad ya efectuó el pago = 4240 días.

$$21.669.16 \times 4240 = \$91.877.238.40$$

TOTAL PERJUICIO MATERIAL: 1.163.609 + 91.877.238,40 = 93.040.847,40

7. Impedimento

En atención a que el H. Consejero de Estado, Doctor Mauricio Fajardo Gómez, manifestó su impedimento para conocer, discutir y votar el presente proceso, toda vez que se formuló demanda de reparación directa contra la Procuraduría General de la Nación, proceso que en la actualidad se encuentra en segunda instancia para fallo y en el que se deberá adoptar una definición acerca de la procedencia de la acción ejercida, tema que se está estudiando en esta providencia, la Sala encuentra acreditada la causal de impedimento invocada, que es la establecida en el numeral 14 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil que preceptúa:

En el evento de que se hubiesen efectuado pagos parciales de cesantías, el valor de la sanción moratoria por el tiempo que transcurra hasta el pago definitivo, debe reducirse en el porcentaje que representa el pago parcial respecto del valor total reconocido por auxilio de cesantías, aplicado sobre el día de salario base para calcular la sanción.

Con fundamento en lo anterior, como el último salario diario devengado por la demandante fue la suma de \$29.062,40 (folio 8), dicho valor será tenido en cuenta para determinar la sanción moratoria hasta el pago total efectuado el 17 de diciembre de 1999, teniendo en cuenta la respectiva reducción de la sanción por virtud del abono parcial de cesantías, en el evento de que se hubieran realizado, como se precisó anteriormente.”

³⁷ Valor que tuvo como base para la liquidación la entidad demandada. Ver folio 4 del Cuaderno No. 2.

³⁸ El vigente para esta fecha.

³⁹ El vigente para el mes de abril de 2000.

“Son causales de recusación las siguientes:

14.- Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.”

En consecuencia, dado que las circunstancias fácticas descritas por el Doctor Mauricio Fajardo Gómez encuadran en la causal de impedimento invocada, debe aceptarse su solicitud de ser separado del conocimiento del asunto de la referencia.

8. No hay lugar a condena en costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 171 del Decreto 01 de 1984⁴⁰, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a imponerlas.

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

R E S U E L V E:

MODIFICAR la sentencia proferida el 30 de octubre de 2003, por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Tercera-, la cual quedará así:

PRIMERO. ACEPTAR el impedimento manifestado por el Doctor Mauricio Fajardo Gómez, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Registraduría Nacional del Estado Civil por los perjuicios ocasionados a la señora Isabel Cristina Serrato Troncoso.

TERCERO. Condenar a la Nación – Registraduría Nacional del Estado Civil, a título de perjuicios materiales a pagar la suma de noventa y tres millones cuarenta mil ochocientos cuarenta y siete pesos con cuarenta centavos M/cte (\$93.040.847,40).

CUARTO. Negar las demás pretensiones de la demanda

⁴⁰ Normatividad aplicable al asunto de la referencia por expresa disposición del artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que a su tenor literal dispone:

“ARTICULO 308. REGIMEN DE TRANSICION Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

QUINTO. Expedir copias con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995 y serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

SEXTO: Sin condena en costas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA