

SANCION MORATORIA - Acción procedente para reclamar su pago / ACCION PROCEDENTE PARA RECLAMAR EL PAGO DE LA SANCION MORATORIA - No cancelación oportuna de las cesantías. Unificación de jurisprudencia por la Sala Plena / LIBRE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y SEGURIDAD JURIDICA - Unificación de jurisprudencia por la Sala Plena / REPARACION DIRECTA - Idoneidad de la acción para reclamar el pago de la sanción moratoria / ACCION DE REPARACION DIRECTA - No es procedente para reclamar cesantías pero los procesos iniciados antes del cambio de jurisprudencia de un órgano de cierre deben continuar el trámite iniciado para permitir el libre acceso a la jurisdicción / LIBERTAD DEL JUEZ - Límites / ESTADO DE DERECHO - Valores esenciales / ESTADO DE DERECHO - Acceso a la administración de justicia / ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Regulación internacional

En atención a que en el interior de la jurisprudencia de esta Corporación, se presentaron discrepancias en punto de la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado oportunamente las cesantías, la Sala Plena del Consejo de Estado emitió la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 2007, Exp. IJ 2000-2513. (...) Para los efectos que importa decidir en el sub examine, la decisión que se examina determinó que en las hipótesis en que no hubiese controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado podía acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. La sentencia en comento precisó, además, que para que existiese certeza sobre la obligación no bastaba con que la ley hubiese 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. El Pleno de esta Corporación advirtió que, en estos eventos, el interesado debía provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirviera de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudicó competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para “la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.” Finalmente, la providencia antecitada concluyó que para estos efectos la acción de reparación directa resulta improcedente. Sin embargo, y en atención a que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, precisó que 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, debían continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Y expresamente indicó que dicha sentencia había de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria. La Sala seguirá el derrotero trazado por la jurisprudencia en referencia, habida consideración que la libertad del juzgador se ve limitada -como señala De Otto- por la necesidad de garantizar tres valores esenciales a todo Estado de Derecho: (i) la seguridad jurídica; (ii) la garantía de la igualdad y (iii) la unidad del Derecho. Postulados que convergen en un principio básico de la

democracia constitucional, consignado en los artículos 229 superior y 2 LEAJ, el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 134 B7 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 42 / CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL - ARTICULO 2 / LEY 712 DE 2001 - ARTICULO 2 / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 8 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 25 / DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE - ARTICULO 8 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS - ARTICULO 14 NUMERAL 1 / LEY 74 DE 1968 / LEY 16 DE 1972

NOTA DE RELATORIA: En relación con la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado oportunamente las cesantías, ver sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, de marzo 27 de 2007, exp. IJ 2000-2513.

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Derecho fundamental. Noción. Características / ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Libre acceso a la jurisdicción / LIBRE ACCESO A LA JURISDICCION - Tutela judicial efectiva / LIBRE ACCESO A LA JURISDICCION - Noción. Concepto. Definición / LIBRE ACCESO A LA JURISDICCION - Acción y pretensión / ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Garantías / GARANTIA DE ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - No puede cercenarse por cambios abruptos de jurisprudencia / CAMBIOS ABRUPTOS DE JURISPRUDENCIA - No pueden comprometer el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia / CRITERIO JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE LA ACCION PERTINENTE PARA DEMANDAR - Aplicación de posterior cambio de planteamiento jurisprudencial vulnera el libre acceso a la jurisdicción

La jurisprudencia constitucional ha señalado que este derecho no se materializa con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; sino que por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo. Y por lo mismo no ha dudado en reconocerle su carácter de derecho fundamental, a partir de lo dispuesto por el preámbulo y los artículos 2, 29, 228 y 229 de la Constitución Política. Ahora el libre acceso a la jurisdicción ocupa primerísimo lugar dentro de los múltiples contenidos específicos del derecho de acceso a la administración de justicia y que en otras latitudes, como España por ejemplo, se conoce como "tutela judicial efectiva" (art. 24.1 Constitución de 1978). Derecho que entraña la posibilidad de utilizar el sistema jurídico estatal con el propósito de hacer valer los derechos legalmente reconocidos. De otra parte, si bien autores como el profesor Devis Echandía distinguen la acción del derecho material subjetivo y de la pretensión, lo cierto es que no puede concebirse la defensa o garantía judicial de cualquier derecho sin la acción respectiva, como que guardan una relación de interdependencia, al punto que el acceso a la justicia es calificado por nuestra jurisprudencia como fundamental. 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 - ARTICULO 24.1

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho al acceso a la administración de justicia, ver sentencias de la Corte constitucional, C-037 de 1996; T- 006 de 1992, C-543 de 1992; C-544 de 1992; T-554 de 1992; C-572 de 1992 ; T-597 de 1992 ; C-599 de 1992 ; C-093 de 1993 ; T-173 de 1993 ; T-320 de 1993 ; C-544 de 1993 ; T-275 de 1994 ; T-416 de 1994 ; T-067 de 1995 ; C-084 de 1995 ; T-190 de 1995 ; C-037 de 1996 ; T- 268 de 1996 ; T-502 de 1997; C-652 de 1997 ; C-071 de 1999 ; C-742 de 1999 ; T-163 de 1999 ; SU-091 de 2000 ; C-1195 de 2001. En lo atinente con el libre acceso a la jurisdicción, consultar sentencias del Tribunal Constitucional Español, STC 115/1984 y 220/1993, FJ 2.

DERECHO DE LIBRE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Concepto. Noción. Alcance / LIBRE ACCESO A LA JURISDICCION - Exige un mínimo de certidumbre en la manera como los jueces interpretan las acciones / APLICACION DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES - Mínimo de certeza jurídica / PRINCIPIO DE ISONOMIA - Mínimo de certidumbre / INTERPRETACION DE LA LEY - Depende no solo de su imperfección sino de su naturaleza / CERTEZA O SEGURIDAD JURIDICA - Coherencia del ordenamiento jurídico y su aplicación uniforme por los tribunales

En otros términos, el derecho de acceso a la justicia debe traducirse en el terreno práctico en la posibilidad efectiva de plantear pretensiones ante la jurisdicción competente, probarlas y alegar, para que ésta se pronuncie al respecto. De modo que ese derecho no se agota con su mera proclamación normativa o nominal, sino que exige un mínimo de certidumbre en la manera como los jueces interpretan las acciones previstas al efecto, de suerte que ulteriores cambios en ese punto no tengan por qué menguar su alcance. En principio esa certidumbre se diría proviene de la clásica consagración isonómica y bastaría con afirmar que el artículo 13 constitucional prevé la igualdad de trato delante de la ley, o lo que es igual, la interdicción del privilegio. Sin embargo, dada la necesidad -como de antaño lo ha indicado la jurisprudencia nacional- de interpretar las leyes que depende no sólo de la imperfección de éstas, sino también de su naturaleza, ya que “[a]un suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran”, es claro que la igualdad también impone un mínimo de certeza jurídica frente al criterio jurisprudencial que se aplique. En efecto, “la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de ‘moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho’ en términos de Lon L. Fuller”. Sin embargo, la certeza o seguridad jurídicas no sólo penden de la coherencia del

ordenamiento positivo, sino que también están subordinadas a la aplicación uniforme que hagan los tribunales judiciales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la interpretación de la ley, consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de julio 14 de 1947.

DERECHO AL ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Conexión con el derecho a la igualdad / NEUTRALIDAD DEL DERECHO PROCESAL - Derecho fundamental diferente a la igualdad

No debe perderse de vista que, como reconoce la jurisprudencia constitucional, existe una conexión inescindible con el derecho a la igualdad, pues, “[e]l derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso”. En otras palabras, la denominada neutralidad del derecho procesal -que entre nosotros es reconocida como un derecho fundamental (artículo 29 superior)- se confunde con otro derecho fundamental: la igualdad y depende no sólo de lo previsto en las reglas positivas (art. 230 superior), sino también de lo que la jurisprudencia, como criterio auxiliar, haya fijado como alcance a las mismas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

NOTA DE RELATORIA: Sobre la conexión del derecho al acceso efectivo a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, ver sentencia del Consejo de Estado, de febrero 26 de 1998, exp. 10813.

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA E IGUALDAD DE TRATO - Garantía. El juez debe propender por evitar decisiones inhibitorias / APLICACION DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES - Mínimo de certeza jurídica / CAMBIOS ABRUPTOS DE JURISPRUDENCIA - No pueden comprometer el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la inobservancia del criterio sentado por la Sala Plena no sólo acarrearía la vulneración simultánea de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de igualdad de trato, sino que además desembocaría en un pronunciamiento inhibitorio al estimarse que la acción idónea no era la de reparación directa. Decisión que -por supuesto- no resolvería de fondo el asunto planteado y de nuevo pondría en peligro el derecho constitucional de acceso a la justicia, dado que dejaría al actor sin la posibilidad de recurrir, a la justicia laboral ordinaria, casi trece años después de que interpusiera la demanda de reparación directa, apoyado en la interpretación que para esa época daba esta jurisdicción al punto (y que por cierto cita expresamente en su demanda). Finalmente, es pertinente resaltar que el ámbito de la protección constitucional de la efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia, obliga a que el ordenamiento jurídico sea interpretado a la luz de la Constitución, en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial y consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley (...) En definitiva, el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un

órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a éste último como abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción.

ACCION DE REPARACION DIRECTA PROCEDENTE PARA RECLAMAR EL PAGO DE LA SANCION MORATORIA - Tesis jurisprudencial vigente al momento de la presentación de la demanda por el actor 1998 / CRITERIO JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE LA ACCION PERTINENTE PARA DEMANDAR - Aplicación de posterior cambio de planteamiento jurisprudencial vulnera el libre acceso a la jurisdicción

En el sub lite, se advierte que la acción ejercida fue la de reparación directa, dado que el actor al formular la demanda por esa vía actuó en acatamiento de la tesis jurisprudencial que existía en ese momento, conforme a la cual “la orden de pagar una prestación social como la cesantía, es un acto de la administración que realiza una norma legal que modifica por tanto el ordenamiento jurídico; pero, la actuación material consistente en la ejecución de ese acto, es una operación administrativa y si ésta se produce en forma tardía y de ello se deriva un perjuicio al beneficiario del derecho, se concluye que la fuente de producción del daño no es entonces el acto, sino la operación”. Por manera que en la demanda se solicitó el pago de la indemnización moratoria adeudada al actor como consecuencia del retardo en el reconocimiento y pago de sus cesantías, en aplicación de la tesis jurisprudencial vigente en 1998 cuando se presentó la demanda, y por ello la acción escogida, esto es, la de reparación directa, debe interpretarse como idónea a partir de una lectura conforme a la Constitución, y en especial a los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la justicia y de igualdad. Lo anterior no significa que el Consejo de Estado no esté habilitado para revisar su jurisprudencia, esto es, para modificar su criterio bien porque adopte uno nuevo que juzgue más apropiado, ya porque se adapte a los continuos cambios sociales. Pero estos cambios no pueden suponer afectación del derecho de acceso a la justicia, como sucedería justamente en punto de la definición de la acción procedente para demandar al Estado.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la tesis jurisprudencial vigente para reclamar el pago de la sanción moratoria en 1998, puede consultarse la sentencia del Consejo de Estado, de febrero 26 de 1998, exp. 10813.

PAGO OPORTUNO DE LAS CESANTIAS - Obligación de los empleadores / SANCION MORATORIA - Procedimiento en vigencia de la ley 244 de 1995 / PRINCIPIO IN DUBIO PRO DAMNATO - Aplicación

Es obligación de las entidades estatales en su calidad de patronos, el pago oportuno de las cesantías, so pena de incurrir en la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de mora en el pago. La Ley 244 de 1995, vigente para el momento de los hechos, establecía en el artículo primero un plazo de 15 días hábiles desde el momento de presentación de la solicitud por parte del servidor público, para que la entidad empleadora expediera la resolución correspondiente a la liquidación de las cesantías definitivas en caso de reunir los requisitos de ley. En conformidad con el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, la indemnización a que da lugar el no pago oportuno de las cesantías, 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. Conforme a los hechos probados, se tiene que la demandada adeudaba al actor por concepto de cesantías definitivas, la suma de \$7.088.796 la cual fue reconocida mediante Resolución 4859 del 26 de octubre de 1998 cuyo pago se efectuó el 16 de abril de 1999, esto es, después de vencidos los 45 días hábiles siguientes a su fecha de ejecutoria. Precisa la Sala, que tal y como lo evidenció el Ministerio Público en el concepto rendido en la presente instancia, en el proceso no obra prueba que permita determinar la fecha exacta en la que el señor Medardo Torres Becerra presentó la solicitud de liquidación de las cesantías ante la Caja de Previsión Social Departamental del Cauca, sin que se encuentre el fundamento que tuvo el a quo para tener por tal el 10 de julio de 1997, como quiera que ni en el original de la tarjeta de radicación del Expediente 603 de 1997 emitida por la Caja, ni en las demás piezas probatorias se encuentra esta fecha, simplemente se sabe que fue en el mes de julio de 1997 porque así se afirmó en la demanda y lo admitió la entidad demandada en la contestación. En aplicación del principio in dubio pro damnato y para efectos de determinar el momento a partir del cual se empezó a causar la sanción moratoria, la Sala tendrá como fecha de presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas por parte del actor, el 1 de julio de 1997.

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 1 / LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-02300-01(19957)

Actor: MEDARDO TORRES BECERRA

Demandados: DEPARTAMENTO DEL CAUCA-CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL "CAPRECAUCA"

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, el 24 de noviembre de 2000, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda. La parte resolutive de la sentencia es la siguiente:

“1. DECLÁRESE administrativamente responsable al DEPARTAMENTO DEL CAUCA-LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL “CAPRECAUCA” ó la entidad que haga sus veces, por la mora en el pago de las cesantías al señor MEDARDO TORRES BECERRA.

2. CONDÉNESE a pagar al DEPARTAMENTO DEL CAUCA-LACAJA DE PREVISIÓN SOCIAL “CAPRECAUCA” ó la entidad que haga sus veces, un día de salario por cada día de retraso en el pago, desde el día 46 siguiente al 10 de julio de 1997 y hasta el 14 de abril de 1999, fecha en la cual se efectuó el pago de la obligación.

3. DESE aplicación a los artículos 176 y 177 Código Contencioso Administrativo.

4. DEVUÉLVASE el expediente al tribunal contencioso administrativo de origen”

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las pretensiones

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Cauca, el 13 de noviembre de 1998, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el señor Medardo Torres Becerra formuló demanda en contra del Departamento del Cauca y de la Caja de Previsión Social “Caprecauca”, con el objeto de que se les declarara patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios que sufrió por el no pago oportuno de las cesantías que le fueron reconocidas tardíamente mediante la Resolución No. 4859 del 26 de octubre de 1998, proferida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Departamento del Cauca y por la Administradora del Fondo de Pensiones Territorial.

A título de indemnización, se solicitó en la demanda el pago de “...los perjuicios materiales que resulten, en pesos colombianos, de la liquidación de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se haga efectivo el pago de su cesantía definitiva, en los términos establecidos en el parágrafo único del artículo segundo de la Ley 244 de 1995...”.

2. Fundamentos de hecho

Los hechos relatados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

(i) Que el señor Medardo Torres Becerra *“...sirvió al Departamento del Cauca en varias legislaturas ordinarias y extraordinarias de la Asamblea Departamental y recibió un último sueldo mensual de \$4.801.352.”*

(ii) Que en el mes de Julio de 1997 (sin fecha exacta), el actor solicitó a la Caja de Previsión Social del Departamento del Cauca, entidad a la que se encontraba afiliado, el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, sin que ésta profiriera la resolución correspondiente en los plazos consagrados en la Ley 244 de 1995.

(iii) Que, previa interposición de una acción de tutela formulada por el señor Torres Becerra, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán ordenó a la Secretaría de Hacienda del Departamento del Cauca y al Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías que profiriera la resolución de reconocimiento de las cesantías.

(iv) Que a través de la Resolución 4303 del 7 de septiembre de 1998, el Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías del Departamento del Cauca, negó el reconocimiento de las cesantías definitivas, razón por la cual formuló recurso de reposición y en subsidio apelación contra tal resolución y *“...logró así que repusieran la providencia recurrida mediante Resolución 4859 del 26 de octubre de 1998 que le reconoció la suma de \$24.006.760., le descontó \$16.917.964 entregados por cesantías parciales anteriormente y dispuso que se le pagara el saldo de \$7.088.896...”*.

(v) Que la Resolución 4303 de 1998 se encuentra ejecutoriada y se agotó la vía gubernativa *“...indispensable para acudir en acción contencioso administrativa”*, lo que posibilita el ejercicio de la acción de reparación directa con el fin de obtener la reparación del daño por tratarse de un incumplimiento, omisión y retardo en una operación administrativa, toda vez que transcurrieron más de 16 meses desde el momento en que el actor solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, sin que hasta la fecha de la demanda se hubiera efectuado el pago correspondiente faltando a lo señalado en la Ley 244 de 1995.

3. La oposición de la demandada

El Departamento del Cauca se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló,

que aunque era cierto que en el mes de julio de 1997 (sin fecha exacta) el actor radicó ante la Caja de Previsión Social del Departamento, la solicitud de reconocimiento de sus cesantías definitivas y que a través de la Resolución 4859 del 26 de octubre de 1998 le fueron reconocidas, éstas no pudieron ser pagadas debido a que Caprecauca y el Departamento del Cauca atravesaban por una difícil situación económica, lo que incluso conllevó a que mediante la Ordenanza No. 007 de 1998 se dictaminara la supresión y liquidación de la Caja.

Afirmó, que el 16 de abril de 1999 se le cancelaron al actor las cesantías definitivas. Por último, aseveró que en el evento de condenarse al pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, su liquidación debería *“...tenerse en cuenta la fecha de ejecutoria de la citada sanción para contar los 45 días hábiles siguientes a quedar en firme esta resolución, tal como lo establece el art. 2° de la ley 244 de 1995.”*

4. La sentencia recurrida

El Tribunal *a quo* accedió a las súplicas de la demanda. En primer lugar, consideró que la vía procesal adecuada para solicitar la reparación del daño causado al actor era la acción de reparación directa, de conformidad con el fallo del Consejo de Estado de 26 de febrero de 1998, expediente 10.813, en el que se determinó que ésta era la acción indicada *“...para elevar el reclamo de las indemnizaciones por falla del servicio, causada por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones laborales”*. En segundo lugar, recalcó que el Departamento del Cauca y la Caja de Previsión Social Departamental, se abstuvieron de efectuar el pago de las cesantías definitivas invocando razones de tipo presupuestal las cuales no fueron de recibo para el *a quo*, quien encontró debidamente acreditado el daño sufrido por el actor y por tanto ordenó el pago de una día de salario por cada día de retraso en el pago, *“... contados a partir del día 46 siguiente al 10 DE JULIO DE 1997 Y HASTA EL 16 DE ABRIL DE 1999, fecha en la cual se efectuó el pago de la obligación.”*

5. Lo que se pretende con la apelación

El Departamento del Cauca solicitó que se revocara la sentencia proferida por el Tribunal *a quo* y que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda. Para fundamentar la impugnación reiteró que el no pago oportuno de las

cesantías definitivas al señor Medardo Torres Becerra, *“...obedeció a causas justificadas, por cuanto en ese entonces la Caja de Previsión atravesaba una situación financiera muy difícil que generó un gran pasivo laboral”*. Agregó, que no existió mala fe ni negligencia de su parte que justificara la aplicación de una sanción moratoria a su cargo. Por último, reiteró que la liquidación de esta sanción se realizó de manera errada, como quiera que debió efectuarse en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

6. Actuación en segunda instancia

Dentro del término concedido en esta instancia para alegar de conclusión las partes guardaron silencio.

El Ministerio Público rindió concepto y solicitó que se modificara la sentencia proferida por el *a quo*, toda vez que consideró que en el plenario no obraba prueba que acreditara con certeza *“...la fecha exacta en que la solicitud de cesantías definitivas fue radicada por el demandante en la Caja de Previsión Social Departamental, toda vez que en la tarjeta que se allegó con el libelo sólo aparece “Expediente No. 603/97”, sin consignación de la fecha”*. Por tal razón, señaló que *“ (...)bajo esa premisa no resulta válido jurídicamente, por ausencia de respaldo probatorio, afirmar, como en su oportunidad lo hiciera el a-quo, que la sanción consagrada en la Ley 244 de 1995 debía contabilizarse a partir del día 46 luego de vencidos los primeros 15 días hábiles de que habla el artículo 1° de dicha ley, sino que se debería contar únicamente teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2, esto es, la mora en el pago y, no la mora en el reconocimiento.”*

Encontrándose el proceso para dictar sentencia, el señor Consejero Mauricio Fajardo Gómez, se declaró impedido para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, por tener pleito pendiente en el que se controvierte la misma situación jurídica que en este asunto corresponde dilucidar a la Sala.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada antes de la Ley 954 de 2005, en proceso con vocación de doble instancia, dado que la cuantía de la demanda alcanzaba aquella exigida para surtir la segunda instancia ante esta Corporación (Decreto 597 de 1988)¹.

2. Cuestión procesal previa: Idoneidad de la acción

En atención a que en el interior de la jurisprudencia de esta Corporación, se presentaron discrepancias en punto de la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado oportunamente las cesantías, la Sala Plena del Consejo de Estado emitió la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 2007, Exp. IJ 2000-2513.

Al efecto este fallo de unificación hizo un pormenorizado recuento jurisprudencial sobre los diferentes pronunciamientos, en los siguientes términos:

“Precedentes Jurisprudenciales de la Sección Tercera

En sentencia de 17 de julio de 1997, radicación No.11.376, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, se dictó fallo inhibitorio porque el daño a reparar se originó en el acto administrativo por el cual se reconoció el auxilio de cesantía y, por tanto, la acción indicada no podía ser la de reparación directa pues si el daño se produce en razón de un acto debe impetrarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Si se trata de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en actos administrativos o títulos expedidos por la administración, la acción procedente es la ejecutiva.

Posteriormente, en sentencia de 26 de febrero de 1998, radicación No.10.813, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, la Sala modificó la posición anterior al considerar que, tratándose de la ejecución material del acto que contiene la orden de pagar el auxilio de cesantía cuando el pago se produce en forma tardía ocasionando un perjuicio al beneficiario, la fuente del daño es la operación administrativa y, por tanto, no es necesario provocar que la administración se pronuncie al respecto pues cuando la causa de la petición es una operación administrativa *“la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño”*. El Estado incurre en falla del servicio por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y surge para éste el deber de indemnizar al afectado. En consecuencia la vía procesal adecuada es la acción de reparación directa. En esta providencia el Consejero Daniel Suárez Hernández salvó el voto porque el cumplimiento de los actos administrativos por

¹ La cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año de 1998, fuera de doble instancia era de \$18.850.000 y la mayor de las pretensiones asciende a la suma de \$108.350.465 que corresponde al monto reclamado por perjuicios materiales.

los cuales se reconocen derechos patrimoniales no puede ser enjuiciado ante el contencioso administrativo por la vía de la reparación directa por tratarse de actos de simple cumplimiento y conformar un título ejecutivo por contener una obligación clara, expresa y exigible que, en consecuencia, debe ventilarse *“por las normas del proceso ejecutivo.”*.

En auto de 27 de septiembre de 2001, radicación No.19300, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, se modificó el criterio mayoritario al considerar que, como según el texto de la Ley 244 de 1995 *“basta acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.”*, la acción procedente para reclamar la sanción moratoria es la acción ejecutiva porque la sanción se causa automáticamente sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del deudor y se podría ejercer con el acto de liquidación de las cesantías, a efectos de reclamar la sanción moratoria causada desde la fecha de su expedición hasta la del pago efectivo de la obligación. Esto es, la acción de reparación directa no es viable para reclamar en forma independiente el pago de unas sumas cuyo reclamo se omitió por las vías conducentes.

En auto de 3 de agosto de 2000, radicación No.18.392, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se confirmó la inadmisión de la demanda pues se pretendió, por la vía de la acción de reparación directa, declarar responsable al Estado por no haber pagado unas prestaciones sociales que no habían sido reconocidas. Se señaló: *“Distinto sería si la demanda refiriera que el Estado pagó tardíamente prestaciones reconocidas y que por el retardo se le causó un daño antijurídico y, en consecuencia, pidiera indemnización.”*.

En auto de 27 de febrero de 2003, radicación No.23.739, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se admitió la demanda de reparación directa porque se demandaron las omisiones consistentes en el retardo y en la falta de pago, es decir, lo cuestionado era el incumplimiento administrativo y no la legalidad del acto que reconoció el derecho. En consecuencia, la acción de reparación directa es la adecuada porque se demandan unas omisiones administrativas.

En sentencia de 2 de junio de 2005, radicación No. AG 2382, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se declaró responsable a la Administración, en el marco de una acción de grupo, por la tardanza en el pago de unas mesadas pensionales, por cuanto la demostración de la tardanza en el pago puso en evidencia el daño material ocasionado a los pensionados, lo que, de paso, quebranta la Constitución, artículo 53, inciso 3, conforme al cual *“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno.”* de las pensiones legales.

Precedentes Jurisprudenciales de la Sección Segunda

En sentencia de 21 de marzo de 2002, radicación No.1124-2000, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, se señaló que si bien, en principio, la sanción moratoria a que se refiere la Ley 244 de 1995, artículo 2, exige la existencia de un acto administrativo que reconozca la prestación, tal circunstancia abriría la posibilidad de que las entidades se escuden en ella para evitar la condena por sanción moratoria. Empero, de la exposición de motivos de dicha ley se infiere

que al establecer la sanción se busca una respuesta rápida, imparcial y efectiva a las peticiones de pago de las cesantías respecto de las cuales el derecho no esté en discusión; es decir, esta sanción es aplicable cuando el derecho no esté en litigio porque lo que se sanciona es la negligencia de la entidad en efectuar los trámites tendientes a la satisfacción de la obligación. Así, cuando la entidad argumenta la inexistencia del derecho y deja a disposición del administrado la vía judicial no parece coherente que se le impute mora en el pago.

En sentencia de 12 de diciembre de 2002, radicación No.1604-2001, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, se indicó que para determinar cuándo la administración incurrió en mora deben contarse sesenta días hábiles, más el término de ejecutoria de la resolución que se hubiere dictado, desde la fecha en que debió efectuarse el reconocimiento de la prestación. Los sesenta días se desagregan de la siguiente manera, quince que corresponden al término que tiene la entidad para expedir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas y cuarenta y cinco que corresponden al término para el pago o desembolso de la suma de que se trate, según lo previsto por los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

En sentencia de 3 de abril de 2003, radicación No.0881-02, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero, también se abordó el fondo el asunto debatido y se denegó la solicitud de la indemnización moratoria porque para su causación se requiere que hayan transcurrido 45 días desde la fecha en que haya quedado en firme el acto de liquidación de las cesantías definitivas y como en el expediente no obra copia de dicho acto no se dan los presupuestos de hecho señalados por la norma para que proceda el reconocimiento de la sanción.

En sentencia de 31 de julio de 2003, radicación No.4873-2002, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, la Subsección "B" de la Sección Segunda de esta Corporación acogió la tesis de la acción ejecutiva y se declaró inhibida para conocer una reclamación de indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de unas cesantías definitivas y remitió el expediente, para lo de su cargo, al Juez Laboral del Circuito, Oficina de Reparto, Palmira.

En sentencia de 19 de febrero de 2004, radicación No.1846-2003, Consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante, se sostuvo que el pago de las cesantías definitivas debe adelantarse ante el Juez Laboral del Circuito y se negó el pago de la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de la cesantía definitiva al considerar que debe existir una petición previa a la administración en ese sentido." (Resaltado y subrayado por fuera del texto)

A partir de esta reseña jurisprudencial, la Sala puso de relieve que el cambio de criterios había obedecido al afán de proteger al empleado cesante perjudicado por el incumplimiento o el retardo en el pago de sus cesantías definitivas. Empero la providencia en comento, indicó que ante la disparidad existente se imponía precisar cuáles acciones y en qué eventos debían utilizarse para que el

administrado tenga la certeza de que está invocando la acción adecuada a los fines perseguidos.

Para los efectos que importa decidir en el *sub examine*, la decisión que se examina determinó que en las hipótesis en que no hubiese controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado podía acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva.

La sentencia en comento precisó, además, que para que existiese certeza sobre la obligación no bastaba con que la ley hubiese 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.

El Pleno de esta Corporación advirtió que, en estos eventos, el interesado debía provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirviera de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudicó competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para *“la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.”*

Finalmente, la providencia antecitada concluyó que para estos efectos la acción de reparación directa resulta improcedente. Sin embargo, y en atención a que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, precisó que 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, debían continuar con el trámite iniciado hasta su culminación,

conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Y expresamente indicó que dicha sentencia había de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

La Sala seguirá el derrotero trazado por la jurisprudencia en referencia, habida consideración que la libertad del juzgador se ve limitada -como señala De Otto²- por la necesidad de garantizar tres valores esenciales a todo Estado de Derecho: (i) la seguridad jurídica; (ii) la garantía de la igualdad y (iii) la unidad del Derecho. Postulados que convergen en un principio básico de la democracia constitucional, consignado en los artículos 229 superior y 2 LEAJ, el **derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.**

Garantía fundamental que también es reconocida ampliamente por múltiples instrumentos internacionales. Así el artículo 8 numeral 1 y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, según la interpretación que se ha hecho por la Comisión Interamericana, reconoce el derecho al acceso a la justicia, como implícito en el derecho a ser oído, dentro de las garantías judiciales y como base de protección de los derechos humanos³ (se subraya).

A su turno, artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley” (destaca la Sala).

Por su parte, el numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, prevé que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier

² “la libertad del juez (en la aplicación del derecho) lesiona el principio de igualdad en la medida en que permite que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios, introduciendo así un factor de diversificación del que puede resultar que la ley no es igual para todos”: De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Madrid, Ariel Derecho, 1995, p. 290.

³ “El derecho a un proceso judicial independiente imparcial implica no sólo el derecho a tener ciertas garantías observadas en un procedimientos ya instituido, también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, Informe 10/95, caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995).”: Balbuena, Patricia, “La Justicia no tiene rostro de mujer – obstáculos para acceso de las mujeres a la justicia”. En: AAVV *El acceso a la justicia entre el derecho formal y el derecho alternativo*, ILSA, 2006, pp. 240 a 243.

acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil" (resaltado fuera de texto original).

Por último, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en nuestro país por la Ley 16 de 1972, establece:

"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (se destaca).

Con esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el este derecho no se materializa con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; sino que por el contrario, **el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo**⁴. Y por lo mismo no ha dudado en reconocerle su carácter de **derecho fundamental**⁵, a partir de lo dispuesto por el preámbulo y los artículos 2, 29, 228 y 229 de la Constitución Política.

Ahora el **libre acceso a la jurisdicción**⁶ ocupa primerísimo lugar dentro de los múltiples contenidos específicos del derecho de acceso a la administración de justicia y que en otras latitudes, como España por ejemplo, se conoce como "tutela judicial efectiva" (art. 24.1 Constitución de 1978). Derecho que entraña la posibilidad de utilizar el sistema jurídico estatal con el propósito de hacer valer los derechos legalmente reconocidos.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C 037 de 1996.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T- 006 de 1992, C-543 de 1992; C-544 de 1992; T.554 de 1992; C-572 de 1992, T-597 de 1992, C-599 de 1992, C-093/93 T-173 de 1993, T-320 de 1993, C-544-93, T-275-94, T-416 de 1994, T-067 de 1995, C-084 de 1995, T-190 de 1995, C-037 de 1996, T- 268 de 1996, T-502-97, C-652 de 1997, C-071-99, C-742-99, T-163/99, SU-091/00, C-1195 de 2001.

⁶ Así lo denomina la jurisprudencia constitucional española, vid. Sentencias STC 115/1984 y 220/1993, FJ 2º.

De otra parte, si bien autores como el profesor Devis Echandía distinguen la acción del derecho material subjetivo y de la pretensión, lo cierto es que no puede concebirse la defensa o garantía judicial de cualquier derecho sin la acción respectiva, como que guardan una relación de interdependencia, al punto que el acceso a la justicia es calificado por nuestra jurisprudencia como fundamental.

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.

En otros términos, el derecho de acceso a la justicia debe traducirse en el terreno práctico en la posibilidad efectiva de plantear pretensiones ante la jurisdicción competente, probarlas y alegar, para que ésta se pronuncie al respecto. De modo que ese derecho no se agota con su mera proclamación normativa o nominal, sino que exige un **mínimo de certidumbre** en la manera como los jueces interpretan las acciones previstas al efecto, de suerte que ulteriores cambios en ese punto no tengan por qué menguar su alcance.

En principio esa certidumbre se diría proviene de la clásica consagración isonómica y bastaría con afirmar que el artículo 13 constitucional prevé la igualdad de trato delante de la ley, o lo que es igual, la interdicción del privilegio.

Sin embargo, dada la necesidad -como de antaño lo ha indicado la jurisprudencia nacional- de interpretar las leyes que depende no sólo de la imperfección de éstas, sino también de su naturaleza, ya que “[a]un suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran”⁷, es claro que la igualdad también impone un mínimo de certeza jurídica frente al criterio jurisprudencial que se aplique.

En efecto, “la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de *‘moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho’* en términos de Lon L. Fuller”⁸. Sin embargo, **la certeza o seguridad jurídicas** no sólo penden de la coherencia del ordenamiento positivo, sino que también están subordinadas a la aplicación uniforme que hagan los tribunales judiciales. Con esta perspectiva ha de interpretarse la siguiente cita de la Corte Constitucional:

“El acceso a la Administración de Justicia es un derecho fundamental cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar a los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados. Su núcleo esencial reside en las certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con objetividad y la suficiencia probatoria que asegure un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión”⁹ (se subraya).

De otra parte, no debe perderse de vista que, como reconoce la jurisprudencia constitucional, existe una conexión inescindible con el derecho a la igualdad, pues, “[e]l derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso”¹⁰.

En otras palabras, la denominada **neutralidad del derecho procesal** -que entre nosotros es reconocida como un derecho fundamental (artículo 29 superior)- se

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de julio de 1947.

⁸ Universidad Externado de Colombia, “Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?” en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-084 de 1995.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1992.

confunde con otro derecho fundamental: la igualdad y depende no sólo de lo previsto en las reglas positivas (art. 230 superior), sino también de lo que la jurisprudencia, como criterio auxiliar, haya fijado como alcance a las mismas (*ibid.*).

Además, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la inobservancia del criterio sentado por la Sala Plena no sólo acarrearía la vulneración simultánea de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de igualdad de trato, sino que además desembocaría en un pronunciamiento inhibitorio al estimarse que la acción idónea no era la de reparación directa.

Decisión que -por supuesto- no resolvería de fondo el asunto planteado y de nuevo pondría en peligro el derecho constitucional de acceso a la justicia, dado que dejaría al actor sin la posibilidad de recurrir, a la justicia laboral ordinaria, casi trece años después de que interpusiera la demanda de reparación directa, apoyado en la interpretación que para esa época daba esta jurisdicción al punto (y que por cierto cita expresamente en su demanda).

Finalmente, es pertinente resaltar que el ámbito de la protección constitucional de la efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia, obliga a que el ordenamiento jurídico sea interpretado a la luz de la Constitución, en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial y consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley:

“Téngase en cuenta que, frente a la garantía de la tutela judicial efectiva, el deber primigenio del Estado -representado por los jueces y tribunales- es precisamente el de prestar el servicio de la jurisdicción, posibilitando el libre acceso de las partes al proceso y permitiendo su directa participación; objetivo al cual se accede cuando se atiende al contenido de las garantías superiores y se aplican con mayor amplitud y en sentido más razonable las formas y requisitos que regulan la actuación procesal.”¹¹ (Destacado no original)

En definitiva, el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002.

puede luego sorprenderse a éste último como abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción.

En el *sub lite*, se advierte que la acción ejercida fue la de reparación directa, dado que el actor al formular la demanda por esa vía actuó en acatamiento de la tesis jurisprudencial que existía en ese momento, conforme a la cual *“la orden de pagar una prestación social como la cesantía, es un acto de la administración que realiza una norma legal que modifica por tanto el ordenamiento jurídico; pero, la actuación material consistente en la ejecución de ese acto, es una operación administrativa y si ésta se produce en forma tardía y de ello se deriva un perjuicio al beneficiario del derecho, se concluye que la fuente de producción del daño no es entonces el acto, sino la operación”*.¹²

Por manera que en la demanda se solicitó el pago de la indemnización moratoria adeudada al actor como consecuencia del retardo en el reconocimiento y pago de sus cesantías, en aplicación de la tesis jurisprudencial vigente en 1998 cuando se presentó la demanda, y por ello la acción escogida, esto es, la de reparación directa, debe interpretarse como idónea a partir de una lectura conforme a la Constitución, y en especial a los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la justicia y de igualdad.

Lo anterior no significa que el Consejo de Estado no esté habilitado para revisar su jurisprudencia, esto es, para modificar su criterio bien porque adopte uno nuevo que juzgue más apropiado, ya porque se adapte a los continuos cambios sociales¹³. Pero estos cambios no pueden suponer afectación del derecho de acceso a la justicia, como sucedería justamente en punto de la definición de la acción procedente para demandar al Estado.

3. De la responsabilidad de la demandada

¹² Consejo de Estado, sentencia de 26 de febrero de 1998, Sección Tercera, Exp. 10813.

¹³ Como anota la doctrina española “el principio de igualdad no podría nunca operar de tal forma que impidiese fenómenos que son connaturales al ejercicio de la función jurisdiccional: el primero de ellos, la independencia de los órganos jurisdiccionales y su posibilidad de interpretar las normas jurídicas en sentido diferente a la interpretación realizada por otros órganos jurisdiccionales; el segundo de ellos, el de la facultad de los órganos judiciales de rectificar su propia y precedente interpretación de las normas, facultad que está igualmente ínsita en el propio ejercicio de la función jurisdiccional, que incluye la posibilidad de modificar los criterios interpretativos, y que, incluso, resulta de la evidente necesidad de adaptación de los patrones interpretativos y del sentido de las normas jurídicas a la propia evolución social”: García Morillo, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en *VVAA Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 188.

Se anticipa que la decisión adoptada por el *a quo* habrá de confirmarse, dado que el acervo probatorio recaudado permite imputar a la demandada el daño por el cual se reclama indemnización, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Sea lo primero señalar que para efectos de estudiar la responsabilidad de la demandada, se valorarán los documentos que en original o en copia auténtica fueron aportados al proceso.

3.1 El daño que se imputa a la demandada

3.1.1 Está demostrado en el proceso el incumplimiento en el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías definitivas a favor del señor Medardo Torres Becerra por parte del demandado, lo cual le causó daños materiales.

Muestra el acervo probatorio recaudado:

3.1.1. Que el señor Medardo Torres Becerra trabajó como diputado de la Asamblea Departamental del Cauca, al haber sido elegido para los periodos constitucionales de 1992-1994 y 1995-1997, según constancia expedida por esta Asamblea el 14 de septiembre de 1998 (Fl. 2 C. 1).

3.2.2 Que el señor Torres Becerra radicó ante la Caja de Previsión Social Departamental una petición (sin fecha) con el fin de obtener la liquidación de sus cesantías, la cual dio lugar a la apertura del expediente No. 603/97. De ello da cuenta un documento de un folio que corresponde a una constancia de radicación ante la citada caja de previsión, de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas. Tal constancia tampoco da cuenta de la fecha de radicación de la solicitud, que alude a que tal decisión dio lugar a abrir el expediente 603 de 1997, expediente éste que no reposa en este proceso, pero al cual también se refirió el juez de tutela (Fl. 3 C. 1).

3.2.3 Que el actor interpuso acción de tutela ante el Juzgado Segundo Laboral de Popayán, en contra del Departamento del Cauca y de la Caja de Previsión Social Departamental, por violación del derecho de petición al no haber obtenido respuesta frente a la reclamación del reconocimiento de sus cesantías definitivas,

acción que dio lugar a un fallo en el cual se ordenó al Fondo Territorial de Pensiones y a la Secretaría de Hacienda del Departamento del Cauca “...expedir el acto de respuesta a la petición elevada por el accionante y radicada por la Caja de Previsión Social Departamental del Cauca, como el expediente No. 603 de 1997, sobre el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas...” (Fl. 4-7 C.1).

3.2.4 Que mediante Resolución No. 4303 de 7 de septiembre de 1998 de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Departamento del Cauca y de la Administradora del Fondo de Pensiones Territorial, se negó al actor el derecho a las cesantías definitivas con el argumento de que se le había efectuado un pago parcial de las mismas por valor de \$16.917.964, cuando en realidad solo se le adeudaba \$13.603.829, lo cual daba como resultado un saldo a favor de la entidad por \$3.314.135 (Fl. 8-9 C. pruebas).

3.2.5 Que por virtud de la interposición de los recursos de reposición y apelación por parte del actor, se expidió la Resolución 4859 del 26 de octubre de 1998, en la que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Departamento del Cauca y la Administradora del Fondo de Pensiones Territorial reconocieron en su favor la suma de \$7.088.796 como saldo líquido de las cesantías definitivas, decisión que le fue notificada personalmente el 26 de octubre de 1998 (Fl. 19-20 C. 1).

3.2.6 Que el Departamento del Cauca canceló al señor Torres Becerra el valor de las cesantías definitivas, el 16 de abril de 1999, esto es con posterioridad a la presentación de la demanda, según da cuenta la certificación expedida por la Tesorería General del Departamento del Cauca, arrimada durante el trámite del proceso (Fl. 47 C. 1).

3.2.7 Que el no pago oportuno de las cesantías al señor Torres Becerra, según la explicación dada por la demandada en la contestación de la demanda, obedeció a razones de índole presupuestal.

3.2 El daño es imputable a la entidad demandada

Es obligación de las entidades estatales en su calidad de patronos, el pago oportuno de las cesantías, so pena de incurrir en la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de mora en el pago.

La Ley 244 de 1995, vigente para el momento de los hechos¹⁴, establecía en el artículo primero un plazo de 15 días hábiles desde el momento de presentación de la solicitud por parte del servidor público, para que la entidad empleadora expidiera la resolución correspondiente a la liquidación de las cesantías definitivas en caso de reunir los requisitos de ley.

En conformidad con el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, la indemnización a que da lugar el no pago oportuno de las cesantías, 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.

Conforme a los hechos probados, se tiene que la demandada adeudaba al actor por concepto de cesantías definitivas, la suma de \$7.088.796 la cual fue reconocida mediante Resolución 4859 del 26 de octubre de 1998 cuyo pago se efectuó el 16 de abril de 1999, esto es, después de vencidos los 45 días hábiles siguientes¹⁵ a su fecha de ejecutoria.

Precisa la Sala, que tal y como lo evidenció el Ministerio Público en el concepto rendido en la presente instancia, en el proceso no obra prueba que permita determinar la fecha exacta en la que el señor Medardo Torres Becerra presentó la solicitud de liquidación de las cesantías ante la Caja de Previsión Social Departamental del Cauca, sin que se encuentre el fundamento que tuvo el a quo para tener por tal el 10 de julio de 1997, como quiera que ni en el original de la tarjeta de radicación del Expediente 603 de 1997 emitida por la Caja (Fl. 3 C. 1), ni en las demás piezas probatorias se encuentra esta fecha, simplemente se sabe que fue en el mes de julio de 1997 porque así se afirmó en la demanda y lo admitió la entidad demandada en la contestación.

En lo pertinente se afirmó en la demanda en el hecho contenido en el aparte (b):

“...en julio de 1997 mi mandante radicó en la Caja de Previsión Social del Departamento del Cauca el expediente 603 de ese año para reclamar el reconocimiento y pago de su cesantía definitiva...”

¹⁴ Modificada por la Ley 1071 de 2006

¹⁵ Ver párrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

Por su parte, la entidad demandada adujo en el escrito de contestación, lo siguiente respecto de lo narrado en ese hecho:

“...Es cierto que el actor radicó el expediente 603 en julio de 1997 en la Caja de Previsión Social del Departamento.”

En aplicación del principio *in dubio pro damnato* y para efectos de determinar el momento a partir del cual se empezó a causar la sanción moratoria, la Sala tendrá como fecha de presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas por parte del actor, el 1 de julio de 1997, como quiera que quedó acreditado, a partir de las afirmaciones del demandante y de la entidad demandada, que ese hecho sucedió en el mes de julio de 1997 sin que se precisara el día.

La Sala opta por esta fecha, como sanción a la conducta de la entidad demandada a cuyo cargo estaba el deber de fechar el comprobante de radicación de la petición elevada por el señor Torres Becerra, dado que tal petición daba lugar al inicio de unos trámites en unos plazos fijados en la norma, cuyo desconocimiento tenía unas consecuencias jurídicas y económicas, en tanto que vencidos los 15 días hábiles consagrados en el artículo 1 de la Ley 144 de 1995 con los que contaba la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas, operaba la sanción de un día de salario por cada día de retardo.

Por otra parte, era la entidad quien dentro de este proceso estaba en mejores condiciones de demostrar cual era la fecha cierta de presentación, toda vez que la prueba pertinente debía reposar en sus archivos, dado que la posesión y guarda de dichos documentos se encuentra a su cargo. Por estas razones, se reitera, se tomará el primer día del mes de julio de 1997 como día de radicación de tal solicitud.

4. La indemnización del perjuicio

4.1 Perjuicios materiales

La Sala condenará a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales causados al señor Medardo Torres Becerra 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, Exp. IJ 2000-2513., en la que se consideró:

“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.”

Por tal razón, como en este asunto se tiene como fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de pago de las cesantías definitivas, el 1 de julio de 1997, y la entidad contaba con 15 días hábiles para emitir el acto respectivo sin que hubiera dado cumplimiento a dicho término, se aplicará la sanción del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 a partir de el vencimiento de este plazo, más los 5 días hábiles con los que se contaba para la ejecutoria y más los 45 días hábiles dentro de los cuales debía efectuar el pago. Entonces, para determinar la fecha a partir de la cual se empezó a causar la sanción de un día de salario por cada día de retardo en el pago, se contarán 15 días hábiles a partir de la presentación de la solicitud para que expidiera la resolución de reconocimiento (1 de julio de 1997), los cuales vencieron el 22 de julio de 1997, más 5 días hábiles que le correspondían de ejecutoria a tal resolución, esto fue, el 29 de julio de 1997, más 45 días hábiles a partir del día en que hubiera quedado en firme la resolución, que llegaron a término el 2 de octubre de 1997, para un total de 65 días hábiles.

Así las cosas, el 2 de octubre de 1997 es la fecha a partir de la cual se causó la sanción moratoria a cargo de la entidad demandada y hasta el 16 de abril de 1999, día en el que se efectuó el pago de las cesantías definitivas al señor Medardo Torres Becerra.

Como base de la liquidación, se tendrá en cuenta el salario mensual devengado por el actor, que de acuerdo con en la Resolución 4859 de 26 de octubre de 1998,

era de \$4.801.352, suma que deberá dividirse entre 30 días el mes y que arroja un salario diario de \$160.045 (Fl. 19-20 C.1).

Los perjuicios materiales se indemnizarán en la cuantía que a continuación se establece:

El valor de un día de salario percibido por el actor al momento de la ocurrencia de los hechos, será indexado de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor, según el siguiente cálculo:

$$Ra = Rh \times \frac{I. Final}{I. Inicial}$$

$$Ra = 160.045 \times \frac{107.25 \text{ (IPC abril/11)}}{51.62 \text{ (IPC octubre/98)}}$$

$$Ra = \$332.523$$

Para liquidar esta indemnización, se tendrán en cuenta las siguientes bases:

- Base de liquidación: \$332.523: que corresponden a un día de salario actualizado.
- Período a indemnizar: 559 días (periodo transcurrido entre el 2 de octubre de 1997, fecha en la que se venció el plazo de los 65 días hábiles para efectuar el pago de las cesantías definitivas y el 16 de abril de 1999, fecha en la que éste se hizo efectivo).

$$332.523 \times 559 = 185.880.357$$

Total indemnización por la mora en el pago de las cesantías definitivas: ciento ochenta y cinco millones ochocientos ochenta mil trescientos cincuenta y siete pesos (\$185.880.357) a favor de del señor Medardo Torees Becerra.

La Sala precisa, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y en consideración a que la entidad demandada es apelante único, la condena impuesta no hace más gravosa su situación, como quiera que aquella impartida en primera instancia ordenó el pago de *"...un día de salario por cada día de retraso en el pago, desde el día 46 siguiente al 10 DE JULIO DE 1997 y hasta el 14 de abril de 1999, fecha en la cual se efectuó el pago de la*

obligación”, lo que arroja un total de 639 días, mientras que en esta instancia se condenó al pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago por 559 días.

5. Del impedimento manifestado.

Finalmente la Sala aceptará el impedimento manifestado por el señor Consejero Mauricio Fajardo Gómez, como quiera que se configura la causal establecida en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, el 24 de noviembre de 2000 y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable al **DEPARTAMENTO DEL CAUCA–CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL “CAPRECAUCA”** por el daño sufrido por el señor Medardo Torres Becerra.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena al **DEPARTAMENTO DEL CAUCA–CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL “CAPRECAUCA”** a pagar por perjuicios materiales, a favor del señor Medardo Torres Becerra, ciento ochenta y cinco millones ochocientos ochenta mil trescientos cincuenta y siete pesos (\$185.880.357) por la mora en el pago de las cesantías definitivas.

TERCERO: El **DEPARTAMENTO DEL CAUCA–CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL “CAPRECAUCA”** dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO: Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

SEXTO: ACÉPTASE el impedimento manifestado por el señor Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Con aclaración de voto

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ (E)

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Con aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Con aclaración de voto

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

CON ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

CRITERIO JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE LA ACCION PERTINENTE PARA DEMANDAR - Aplicación de posterior cambio de planteamiento jurisprudencial vulnera el libre acceso a la jurisdicción / CAMBIOS DE

JURISPRUDENCIA - No pueden comprometer el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia / RESPETO DE LAS TESIS VIGENTES AL MOMENTO DE LA PRESENTACION DE LA DEMANDA - Garantiza los derechos a la igualdad y al acceso a la administración de justicia. Seguridad jurídica en materia de jurisprudencia / PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO SANITARIO - Variaciones inesperadas en la línea jurisprudencial respecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad

“Y si al momento de presentarse la 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”. Comparto en su integridad el anterior razonamiento, por cuanto protege la seguridad jurídica a que tienen derecho los usuarios de la administración de justicia, en materia jurisprudencial. Sin duda, el que se respeten las tesis vigentes, al momento de la presentación de la demanda, es consecuente con el respeto a los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a la justicia. Sin embargo, esa tesis no se compadece con el tratamiento diferente que ha dado la Sala en otras áreas de responsabilidad patrimonial del Estado, como es el caso de la prestación del servicio médico - sanitario. En ese tema he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza. Efectivamente, desde el año de 1992, la jurisprudencia de la Sala estableció el régimen falla presunta que fue aplicado, de manera estable y uniforme, hasta el año 2000, en el que se adoptó la falla probada del servicio con el sistema de carga probatoria dinámica y, en el 2006, se estableció de forma mayoritaria el sistema estático, por regla general, de falla probada, sin posibilidades de aligeramiento probatorio. Aunque con posterioridad a esta última tesis, fueron aprobadas sentencias que adoptaban la tesis anterior. Así mismo, en jurisprudencia reciente se han decidido casos en los cuales se puede inferir un regreso a sistema de aligeramiento probatorio, como es el indicio de falla en materia de obstetricia y la aplicación del principio res ipsa loquitor. Es claro, entonces, que a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial, respecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico - sanitaria, que motivan a reflexionar sobre el punto; sobre todo, a la manera como los usuarios de la justicia deben asumir esas variaciones inesperadas, pues es un tema decisivo a la hora de afrontar estrategias de demanda y defensa, cuando se trata de casos de esta índole.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falla presunta, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de agosto 24 de 1992, exp. 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Respecto de la falla probada del servicio con el sistema de carga probatoria dinámica, consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de febrero 10 de 2000, exp. 11878, M.P. Alier Hernández Enríquez. Acerca de la falla probada, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de agosto 31 de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En relación con el indicio de falla en materia de obstetricia, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de octubre 1 de 2008, exp. 16132, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Y sobre la aplicación del principio res ipsa loquitor, consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de diciembre 4 de 2007, exp. 17918, M.P. Enrique Gil Botero.

PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO SANITARIO - Variaciones inesperadas en la línea jurisprudencial respecto de la prueba de los elementos de la

responsabilidad / RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO SANITARIO - Respeto de la línea jurisprudencial existente al momento de presentación de la demanda / RESPETO DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE AL MOMENTO DE PRESENTACION DE LA DEMANDA - Garantiza el acceso a la administración de justicia

Sin duda, la aplicación de la tesis que prohija la sentencia, en el sentido de respetar la línea jurisprudencial existente al momento de presentación de la demanda, puede contribuir de manera decisiva a aclarar el panorama en el tema, toda vez que resulta consecuente con los dos puntos en que he insistido, de manera sistemática, en otras aclaraciones de voto, como es que i) se fijen criterios claros para las personas que acceden a la administración de justicia en materia médico - sanitaria y, de otro lado, que ii) se reconozca la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante en esta materia para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la lex artis, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-02300-01(19957)

Actor: MEDARDO TORRES BECERRA

Demandados: DEPARTAMENTO DEL CAUCA-CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL "CAPRECAUCA"

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien comparto la decisión adoptada el 4 de mayo del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedó plasmado en la respectiva providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, se modificó la sentencia del 24 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión, Sede Cali, y se declaró

responsable al demandado por la mora en el pago de las cesantías definitivas del actor.

En la providencia se planteó, como problema jurídico, la idoneidad de la acción de reparación directa para solicitar el pago de la indemnización moratoria adeuda al actor, como consecuencia del retardo en el pago de sus cesantías, y se concluyó que es la correcta, en aplicación de la tesis jurisprudencial vigente en 1998 cuando se presentó la demanda, toda vez que se consideró que era una lectura conforme a la Constitución Política y respetuosa de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la igualdad.

Al respecto en el proveído se razona lo siguiente:

“Y si al momento de presentarse la 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 inadmisibile, 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” (folio 14 de la providencia).

2. Fundamento de la aclaración

Comparto en su integridad el anterior razonamiento, por cuanto protege la seguridad jurídica a que tienen derecho los usuarios de la administración de justicia, en materia jurisprudencial. Sin duda, el que se respeten la tesis vigentes, al momento de la presentación de la demanda, es consecuente con el respeto a los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a la justicia.

Sin embargo, esa tesis no se compadece con el tratamiento diferente que ha dado la Sala en otras áreas de responsabilidad patrimonial del Estado, como es el caso de la prestación del servicio médico - sanitario.

En ese tema he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza.

Efectivamente, desde el año de 1992, la jurisprudencia de la Sala estableció el

régimen falla presunta¹⁶ que fue aplicado, de manera estable y uniforme, hasta el año 2000, en el que se adoptó la falla probada del servicio con el sistema de carga probatoria dinámica¹⁷ y, en el 2006, se estableció de forma mayoritaria el sistema estático, por regla general, de falla probada¹⁸, sin posibilidades de aligeramiento probatorio. Aunque con posterioridad a esta última tesis, fueron aprobadas sentencias que adoptaban la tesis anterior¹⁹. Así mismo, en jurisprudencia reciente se han decidido casos en los cuales se puede inferir un regreso a sistema de aligeramiento probatorio, como es el indicio de falla en materia de obstetricia²⁰ y la aplicación del principio *res ipsa loquitur*²¹.

Es claro, entonces, que a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial, respecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico - sanitaria, que motivan a reflexionar sobre el punto; sobre todo, a la manera como los usuarios de la justicia deben asumir esas variaciones inesperadas, pues es un tema decisivo a la hora de afrontar estrategias de demanda y defensa, cuando se trata de casos de esta índole.

Sin duda, la aplicación de la tesis que prohija la sentencia, en el sentido de respetar la línea jurisprudencial existente al momento de presentación de la demanda, puede contribuir de manera decisiva a aclarar el panorama en el tema, toda vez que resulta consecuente con los dos puntos en que insistido, de manera sistemática, en otras aclaraciones de voto, como es que i) se fijen criterios claros para las personas que acceden a la administración de justicia en materia médico - sanitaria y, de otro lado, que ii) se reconozca la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante en esta materia para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la *lex artis*, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, radicación: 6.754, actor: Henry Enrique Saltarín Monroy, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, radicación: 11.878, actor: Josué Reinaldo Durán Serrano y otros, Consejero ponente: Alier Hernández Henríquez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, radicación: 15.772, actor: María Olga Sepúlveda Ramírez, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ Como es el caso de dos sentencias de 30 de noviembre de 2006, expedientes 15.201 y 25.0623, y de la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 14.773.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de octubre de 2008, expediente: 16.132, actores: Luís Hernando García Puertas y otros, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente: 17.918, actor: Carmen Rojas Tapiero y otros, consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

**CON ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

INCOMPETENCIA DEL JUEZ- Para conocer de la ejecución o cobro de la sanción por la mora en el pago de las cesantías / FACTORES DE COMPETENCIA - Normas de orden público / ACCION DE REPARACION DIRECTA - No es idónea para reclamar el pago de la sanción moratoria

Al respecto, considero que no es jurídicamente admisible, bajo los postulados de la seguridad jurídica y la unidad del derecho, se pretenda subsanar una evidente incompetencia del operador jurídico para conocer de la ejecución o cobro compulsivo de la sanción por la mora en el pago de las cesantías, comoquiera que las normas que determinan los factores de competencia, como es bien sabido, son de orden público y por lo tanto inmodificables por voluntad del funcionario judicial; propugnar esa tesis, se traduce en aceptar que razones de orden jurisprudencial pueden alterar los factores asignados específicamente por la ley. En ese orden, los procesos que se tramitan por vía de la acción de reparación directa, acción de tiempo atrás descartada por la Corporación, correspondía adecuarlos al trámite indicado en la sentencia unificadora de jurisprudencia de 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente IJ 2000-2513, la cual señala; "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."

NOTA DE RELATORIA: Sobre la acción procedente para reclamar la sanción moratoria, ver sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. IJ 2000-251327 de marzo 27 de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-02300-01(19957)

Actor: MEDARDO TORRES BECERRA

Demandados: DEPARTAMENTO DEL CAUCA-CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL

“CAPRECAUCA”

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada en sentencia de 4 de mayo de 2011, me permito aclarar voto en cuanto al siguiente aspecto:

Falta de jurisdicción para conocer de la ejecución o cobro compulsivo de la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

Procede en primer término traer la evolución jurisprudencia que sobre el particular ha elaborado la Sala, sintetizada entre otras, en la providencia del 19 de julio de 2007, expediente 27318.

“i). Inicialmente, en un caso en el que se solicitó se declarara la responsabilidad de la administración por el pago tardío de las cesantías y en consecuencia se ordenara el pago de los intereses causados, se consideró que la acción de reparación directa no era la vía procesal idónea para formular tal reclamación con el argumento de que el daño tuvo origen en un acto administrativo y no en una omisión de la administración, por lo que se concluyó que el actor debió reclamar tales intereses ante la administración, esto es debió agotar la vía gubernativa²².

ii). Posteriormente, y en ese mismo sentido, la Sala, al conocer de un recurso de apelación en contra de una providencia en la que el Tribunal a quo condenó a la administración por considerarla responsable de los daños causados con la mora al no cancelar oportunamente el valor del auxilio de cesantías, profirió fallo inhibitorio por inepta demanda, bajo la consideración de que la acción de reparación directa no era procedente para este tipo de casos, decisión que se fundamentó en los mismos motivos expuestos en el numeral anterior, a los cuales se agregó la reflexión de que el actor no puede escoger a su arbitrio la vía procesal dado que para cada caso se ha establecido una acción pertinente, así *“si el daño se produce por razón de un acto, la acción pertinente es la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; de reparación directa si proviene de un hecho o una operación administrativa; contractual, si el perjuicio emana de la inejecución de las obligaciones del contrato o de un acto administrativo dictado con ocasión del*

²² Exp. 11347 de 8 de febrero de 1996

mismo; y ejecutiva, cuando se trate de obligaciones claras, expresas y exigibles contenidas en actos administrativos o títulos expedidos por la administración”²³

Aunque en esa oportunidad no se concluyó cual era la acción procedente, el pronunciamiento si deja entrever que se encamina hacia la acción ejecutiva, cuando se definió: “[e]s claro que la administración en múltiples ocasiones es el sujeto pasivo de obligaciones contenidas en títulos ejecutivos verbigracia... o actos administrativos que reconozcan cantidades líquidas de dinero”²⁴.

iii) Luego la Sala modificó su posición²⁵, en providencia en la que diferenció actos y operaciones administrativas, para concluir que el reconocimiento de las cesantías se realiza mediante un acto administrativo, pero *“la actuación material de realizar el pago constituye una operación administrativa”* que realizada tardíamente puede producir un perjuicio, de donde dedujo que la producción del daño no proviene del acto administrativo sino de la operación administrativa, por lo que la acción procedente era la de reparación directa.

Esta tesis fue reiterada en providencias de 26 de febrero de 1998 (exp. 10389), de 3 de agosto de 2000 (exp. 18392), y de 10 de noviembre de 2000 (exp. 18728).

iv) En una tercera etapa, la Sección Tercera distinguió para efectos de determinar la acción procedente entre dos eventos, a saber: uno, cuando mediaba reconocimiento expreso, por parte de la administración, de una suma a pagar a título de indemnización por mora, caso en el cual la inconformidad con la cuantía reconocida debía formularse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto; y un segundo evento, cuando existía acto de liquidación de cesantías, en el que no se incluía la sanción por mora, caso en el cual la sola demostración de la tardanza en el pago de la suma reconocida, daba lugar a la acción ejecutiva en relación con esa sanción. En todo caso se descartó la posibilidad de formular la reclamación a través de la acción de reparación directa. Dijo la Sala:

“Como en este caso la administración hizo un reconocimiento por mora en el pago de las cesantías con el cual el actor no estaba de acuerdo, debió demandarlo en acción de nulidad y restablecimiento (art. 85 C.C.A.), para controvertir la legalidad del mismo que le

²³ Exp. 11376 de 17 julio de 1997.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Exp. 10813 de 26 de febrero de 1998.

reconoció ese derecho en forma recortada. De igual manera, el demandante podría ejercer la acción ejecutiva con el acto de liquidación de las cesantías, con el fin de reclamar los valores correspondientes a la sanción moratoria causada desde la fecha de expedición del mismo hasta el pago efectivo de la obligación. Pero no le es dable reclamar en forma independiente y mediante el ejercicio de la acción de reparación directa el pago de unas sumas que omitió reclamar en su momento por las vías conducentes.²⁶

v) Recientemente y por importancia jurídica la Sala Plena de esta Corporación se ocupó del tema para unificar jurisprudencia y con tal propósito distinguió la posibilidad de que se presentara las siguientes situaciones:

“En conclusión:

(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 alguno de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que sea claro, expreso y exigible, 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.²⁷

(...)

En cambio, en relación con la sanción por mora en el pago de las cesantías, no encontró exigible la previa reclamación ante la administración, dado que entendió que el acto de reconocimiento de las cesantías junto con la mora en su pago, por sí sólo, prestaba mérito ejecutivo en relación con la sanción por la mora. Igualmente reconoció que en caso de existir pronunciamientos de la administración en relación con el reconocimiento de la sanción por mora, cualquier

²⁶ Exp. 19300 del 27 de septiembre de 2001.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, Exp. IJ 2000-2513, Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, C. P. Jesús María Lemus Bustamante.

inconformidad con el mismo debe ser ventilada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”²⁸

Fundamentos jurídicos sobre los cuales recae la aclaración del voto.

La Corporación, en Sala de lo Contencioso Administrativo, el 4 de mayo del año en curso decidió el recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2000, por el Tribunal Administrativo Sala de Descongestión, Sede Cali; en la cual se argumenta que,

*“Finalmente, la providencia antecitada concluyó que para estos efectos la acción de reparación directa resulta improcedente. Sin embargo, y en atención a que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, precisó que 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, debían continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Y expresamente indicó que dicha sentencia había de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.*

*La Sala seguirá el derrotero trazado por la jurisprudencia en referencia, habida consideración que la libertad del juzgador se ve limitada -como señala De Otto²⁹- por la necesidad de garantizar tres valores esenciales a todo Estado de Derecho: **(i) la seguridad jurídica; (ii) la garantía de la igualdad y (iii) la unidad del Derecho**. Postulados que convergen en un principio básico de la democracia constitucional, consignado en los artículos 229 superior y 2º LEAJ, el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.” (Resaltado por fuera de texto).*

Al respecto, considero que no es jurídicamente admisible, bajo los postulados de la seguridad jurídica y la unidad del derecho, se pretenda subsanar una evidente incompetencia del operador jurídico para conocer de la ejecución o cobro compulsivo de la sanción por la mora en el pago de las cesantías, comoquiera que la normas que determinan los factores de competencia, como es bien sabido, son de orden público y por lo tanto inmodificables por voluntad del funcionario judicial; propugnar esa tesis, se traduce en aceptar que razones de orden jurisprudencial pueden alterar los factores asignados específicamente por la ley.³⁰

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 27318. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁹ "la libertad del juez (en la aplicación del derecho) lesiona el principio de igualdad en la medida en que permite que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios, introduciendo así un factor de diversificación del que puede resultar que la ley no es igual para todos": De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Madrid, Ariel Derecho, 1995, p. 290.

³⁰ En igual sentido véase aclaración de voto expediente 2004-2777. M.P. Enrique Gil Botero.

En ese orden, los procesos que se tramitan por vía de la acción de reparación directa, acción de tiempo atrás descartada por la Corporación, correspondía adecuarlos al trámite indicado en la sentencia unificadora de jurisprudencia de 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente IJ 2000-2513, la cual señala; “*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.***” (resaltado por fuera de texto)

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA