

CESANTIA - Fines. Liquidación. Beneficiarios. Intereses. Sanción moratoria. Marco legal / AUXILIO DE CESANTIA - Beneficiarios. Liquidación. Intereses. Sanción moratoria. Marco legal / ENTIDAD TERRITORIAL - Auxilio de cesantía: fines, liquidación, intereses, sanción moratoria. Marco legal / SANCION MORATORIA - Fines. Desarrollo jurisprudencial en la Corporación. Marco legal / REGIMEN PRESTACIONAL - Auxilio de cesantía: servidores públicos del orden nacional y territorial. Liquidación. Marco legal

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. La Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, consagró tal derecho a favor de todos los servidores públicos. El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación. El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador. En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975. Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro. En el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva. A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. El Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998. Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación. En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

INDEMNIZACION MORATORIA - Acción procedente para controvertir acto de reconocimiento. Determinación de la competencia según características del título ejecutivo / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acción procedente para controvertir acto de reconocimiento de

indemnización moratoria. Casuística / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia para controvertir acto de reconocimiento de sanción moratoria / ACCION EJECUTIVA - Acción procedente para ejecutar acto de reconocimiento de sanción moratoria ante la jurisdicción ordinaria / ACCION DE GRUPO - Improcedencia para reclamar indemnización moratoria por pago tardío de cesantías / PRECEDENTE JUDICIAL - La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la procedente para controvertir acto de reconocimiento de indemnización moratoria

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

SANCION MORATORIA - Competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la acción ejecutiva orientada a la ejecución del acto / JUECES ADMINISTRATIVOS - Incompetencia para conocer acción ejecutiva tendiente al pago de la sanción moratoria / JURISDICCION ORDINARIA - Competencia para conocer acción ejecutiva tendiente al pago de la indemnización

moratoria / INDEMNIZACION MORATORIA - Requisitos del título ejecutivo fundamento de la ejecución ante juez laboral

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, reconocimiento de sanción moratoria, 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 puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación. Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva 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 adjudica 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”. También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna.

SANCION MORATORIA - Conteo del término para pagarla. Acto administrativo de reconocimiento de cesantías / INDEMNIZACION MORATORIA - Conteo del término para pagarla cuando la entidad resuelve sobre petición de liquidación de cesantías tardíamente / CESANTIAS DEFINITIVAS - Término para pagarlas sin que se cause indemnización moratoria

La Sala desestimaré el argumento del apelante porque el artículo 2, inciso 1, de la Ley 244 de 1995 dice que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordenó la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para pagar esa prestación social y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. Como la Resolución UTH-1440, que ordenó incrementar el valor de las cesantías definitivas en \$1'831.630.00, fue expedida el 23 de octubre de 1998 y notificada el 5 de noviembre de 1998, oportunidad en que se le hizo saber al actor que tenía cinco (5) días para interponer contra la misma los recursos de reposición y apelación, que no interpuso, la Sala concluye que la administración computó adecuadamente la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías cuando señaló, en la motivación de la Resolución UTH-2054 del 28 de octubre de 1999, que la fecha límite que tuvo la entidad para realizar el pago, sin incurrir en mora, fue el 21 de enero de 1999, a partir de la cual

debe computarse la indemnización moratoria. Por las razones expresadas la Sala considera que la entidad liquidó adecuadamente la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías al calcular la misma tomando el período que va del 21 de enero de 1999 al 22 de junio de 1999. Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrearán perjuicio al peticionario. 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. Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de los Dres. Camilo Arciniegas Andrade, Enrique de Jesús Gil Botero, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Juan Angel Palacio Hincapié y Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ)

Actor: JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de 20 de febrero de 2004, por medio de la cual el Tribunal

Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda formulada por JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ contra el Municipio de Santiago de Cali.

1. La demanda

JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ interpuso el 22 de septiembre de 2000 acción de nulidad y restablecimiento del derecho encaminada a obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. UTH-2054 de 28 de octubre de 1999, expedida por el Jefe de la Unidad de Talento Humano del Municipio de Santiago de Cali, *“Por medio de la cual se hace un reconocimiento y cancelación de conformidad a lo dispuesto por el parágrafo del artículo II de la Ley 244 de 1995.”*

- Resolución No. UTH - 0315 de 3 de febrero de 2000, proferida por el Jefe de Unidad de Talento Humano del Municipio de Santiago de Cali, *“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición contra la Resolución UTH - 2054 del 28 de octubre de 1999.”*

- Resolución No. DARH - 1151 de 24 de marzo de 2000, expedida por el Director del Recurso Humano del Municipio de Santiago de Cali, *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación.”*

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la parte demandada a reconocerle, liquidarle y pagarle los días de mora a que tiene derecho por no haberle pagado oportunamente las prestaciones sociales dentro de los términos de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 244 de 1995 y a cumplir la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como fundamento de sus pretensiones narró los siguientes hechos:

Laboró para el Municipio de Santiago de Cali como Relator del Concejo Municipal desde el 9 de febrero de 1995 hasta el 4 de febrero de 1998, fecha en la cual fue declarado insubsistente su nombramiento. Su último sueldo ascendió a la suma de \$ 4'127.339.00.

Por Resolución No. UTH - 336 de 15 de mayo de 1998, expedida por el Jefe de Unidad de Talento Humano de la Dirección del Recurso Humano del Municipio de Santiago de Cali, se le reconocieron, en forma parcial, las prestaciones sociales.

El 9 de junio de 1998 presentó ante esa oficina derecho de petición con el fin de solicitar el pago del saldo pendiente de sus prestaciones sociales. El 10 de septiembre de 1998 reiteró la solicitud de pago.

El 23 de octubre de 1998, por Resolución No. UTH - 1440, el Jefe de la Unidad de Talento Humano de la Dirección del Recurso Humano del Municipio de Santiago de Cali modificó la Resolución No. UTH - 336 de 15 de mayo de 1998 y le liquidó el saldo de las cesantías definitivas.

El 18 de noviembre de 1998 solicitó, mediante derecho de petición, el pago del valor pendiente de las prestaciones sociales y la expedición del acto administrativo de reconocimiento del valor de la mora por no habersele cubierto las prestaciones dentro de los términos previstos en la Ley 244 de 1995. El 15 de enero de 1999 reiteró su petición.

El 7 de marzo de 1999 interpuso acción de tutela por la omisión del pago de sus prestaciones y por no habersele resuelto los derechos de petición presentados. La acción constitucional le fue negada.

El 7 de abril de 1999 recibió en su residencia el oficio OPS - 1541 de 11 de diciembre de 1998, en el cual la Jefe de Talento Humano del Municipio le expresó, en relación con la mora, que: *“es necesario contar con los días exactos en que se halla (sic) incurrido en esta por parte de la administración...”* *“... para que la administración a petición suya realice el acto administrativo por medio del cual se le reconoce la mora hasta el último día en que se haya incurrido de acuerdo al art. 2º de la ley 244 de 1995...”*.

El 30 de abril de 1999 puso en conocimiento del señor Contralor Municipal de Santiago de Cali su situación.

El 15 de julio de 1999 retiró de la Tesorería Municipal el cheque por el valor del saldo de sus prestaciones sociales.

El 12 de agosto de 1999 presentó derecho de petición al Jefe de Talento Humano del Municipio con la copia del comprobante de pago de la Tesorería, con el fin de que se le liquidara el valor de la mora en que incurrió la Administración, según lo ordenado por la ley. El 30 de los mismos mes y año reiteró la solicitud de pago de la mora.

Por Resolución No. UTH - 2054 de 28 de octubre de 1999 del Jefe de la Unidad de Talento Humano del Municipio, notificada el 3 de noviembre de 1999, se dispuso: *“Reconocer a favor del (la) señor (a) JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ, identificado con Cédula de Ciudadanía No 14.449.453 de Cali, la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$ 2.850.578,00), por concepto de mora en el pago del reajuste de las Cesantías Definitivas de conformidad a lo dispuesto por el Parágrafo del Artículo II de la Ley 244 de 1995...”*. Con esta resolución la administración aceptó haber incurrido en mora y violado la Ley 244 de 1995.

El 11 de noviembre de 1999 presentó recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación contra dicha resolución.

El 3 de febrero de 2000 se dictó la Resolución No. UTH - 0315, notificada el 7 de febrero de 1999, *“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución UTH - 2054 del 28 de octubre de 1999...”*, que le negó el recurso de reposición interpuesto.

El 4 de abril de 2000 se le notificó el contenido de la Resolución No. DARH - 1151 del 24 de marzo de 2000, *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación..”*, que confirmó en todas sus partes el contenido de la Resolución No. UTH - 2054 de 28 de octubre de 1999.

El 10 de marzo de 2000 presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, diligencia que se llevó a cabo el 4 de mayo de 2000 sin llegar a ningún acuerdo entre las partes.

2. Normas violadas

Se citan como transgredidos el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 90, 95, 209, 230, 315 de la Constitución Política; 8 de la Ley 153 de 1987;

2, 10 y 12 de la Ley 4 de 1992; 35, 170, 177 del C.C.A; 1, 2 y 3 de la Ley 244 de 1995.

3. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 20 de febrero de 2004, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 117 a 126 C. P.):

El término para cumplir la obligación radicada en cabeza de la entidad pagadora no se contabiliza, como lo alega el demandante, desde cuando se presentó la petición de ajuste de la liquidación de las cesantías definitivas sino desde cuando los actos que reconocieron la prestación quedaron en firme. Una vez en firme el acto proferido por la entidad para reconocer el derecho empiezan a contarse los 45 días para efectos de la sanción.

No es procedente combinar o interpretar en conjunto los términos contemplados en la Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2, porque corresponden a obligaciones diferentes, originadas en distintos hechos y los sujetos activos señalados como responsables de las mismas son también disímiles.

Según los elementos de prueba que obran en el proceso la administración pagó en tiempo la primera suma reconocida y liquidada por concepto de las cesantías definitivas. Sólo incurrió en mora respecto del segundo pago por el mismo concepto. En consecuencia, la mora no se causa sobre el total de la obligación laboral sino sobre la diferencia entre el salario promedio tenido en cuenta el 15 de mayo de 1998 y el liquidado el 23 de octubre del mismo año, como lo hizo el municipio de Cali.

4. Recurso de apelación

La parte demandante impugnó la decisión con los siguientes argumentos (Fls. 130 a 134 C.P.):

Disiente del número de días que le fueron reconocidos al contabilizar el monto de la indemnización moratoria, ante la falta del pago oportuno de las cesantías definitivas, y del valor de la sanción moratoria.

Sobre el primer aspecto señala que el número de días en mora que le reconoce la Resolución No.2054 de 28 de octubre de 1999 es incorrecto pues en dicho acto se afirma que la solicitud para el pago de la mora fue radicada el 30 de agosto de 1999 en tanto, afirma el actor, su *“solicitud de pago del saldo de las prestaciones se presentó en junio 9 de 1998 (...) por lo tanto tomar otra fecha distinta es incurrir en un grave error.”*.

De otro lado, expresa que no está de acuerdo con el valor que sirvió de base para reconocerle la sanción moratoria, esto es, el saldo de las prestaciones debidas. Explica que tanto la administración municipal como el Tribunal se equivocaron porque consideraron que sólo se incurrió en mora *“con respecto al segundo pago por el mismo concepto, es decir que la mora no se causó sobre el total de la obligación laboral (\$20'188.359.99) sino sobre la diferencia entre el salario promedio tenido en cuenta el 15 de mayo de 1998 y liquidado el 23 de octubre del mismo año.”*.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Magistrado MAURICIO FAJARDO GOMEZ manifestó su impedimento para conocer de la acción de la referencia, fundamentando la declaración en el numeral 14 del artículo 150 del C.P.C.

La Sala Plena, en sesión del 26 de septiembre de 2006, luego de revisar el asunto y la causal de impedimento la aceptó al considerar que en ella efectivamente está incurso el doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ porque actualmente se adelanta una acción de reparación directa en la Sección Tercera de esta Corporación, en la que él, como demandante, pretende el pago de unas prestaciones sociales dejadas de percibir.

En consecuencia, se le separó del conocimiento del asunto y se abstuvo de designar Conjuez por cuanto no se afecta el quorum decisorio (artículo 153 del C.P.C, en concordancia con el artículo 51 de ley 446 de 1998).

El problema jurídico a resolver se contrae a decidir si se ajustan a la legalidad los actos administrativos acusados, por los cuales el municipio de Santiago de Cali le reconoció al demandante, JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ, una suma a título de indemnización moratoria por no haberle pagado oportunamente las cesantías definitivas.

Para resolver el problema jurídico planteado, se abordarán los siguientes aspectos: 5.1. Intereses a la cesantía, fines, normatividad regulatoria y aplicabilidad; 5.2. Síntesis de acciones tramitadas ante esta jurisdicción y su decisión; 5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas; y 5.4. Solución al caso concreto.

5.1. La cesantía, fines, normatividad regulatoria y aplicabilidad.

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

La Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, ordenó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro.”*

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

El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 1°.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, **será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990**; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998.

Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6° de la ley 432 de 1998.”.

Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación.

La finalidad del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas quedó configurada en la exposición de motivos, en la cual el ponente del proyecto manifestó:

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.”¹.

En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

5.2. Síntesis de acciones tramitadas ante esta jurisdicción y su decisión.

Respecto de la acción judicial procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria por no haberse pagado oportunamente las cesantías ha habido diversas posiciones en las Secciones Segunda y Tercera de esta Corporación. Con miras a unificar los diversos criterios jurisprudenciales, en la presente decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se resumen así:

¹ Gaceta del Congreso año IV – N°. 225 del 5 de agosto de 1995

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 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.

La reseña de las distintas posiciones sentadas por esta Corporación le permite concluir a la Sala que el cambio de criterios ha obedecido al afán de proteger al empleado cesante perjudicado por el incumplimiento o el retardo en el pago de sus cesantías definitivas. Sin embargo la disparidad existente impone precisar cuáles acciones y en qué eventos deben utilizarse para que el administrado tenga la certeza de que está invocando la acción adecuada a los fines perseguidos.

5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas.

La ley 244 de 1995², textualmente establece:

“LEY 244 DE 1995
(Diciembre 29)

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

El Congreso de Colombia.
DECRETA:

ARTICULO 1o. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARAGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTICULO 2o. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARAGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra

² Norma subrogada por la Ley 1071 de 2005.

el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.

ARTICULO 3o. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos, cumplan con los términos señalados en la presente Ley.

Igualmente vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.

PARAGRAFO TRANSITORIO. Establécese el término de un (1) año, contado a partir de la vigencia de la presente Ley, para que las entidades públicas del Orden Nacional, Departamental, Municipal o Distrital, se pongan al día en el pago de las Cesantías Definitivas atrasadas, sin que durante este término se les aplique la sanción prevista en el parágrafo del artículo 2o. de esta Ley.

ARTICULO 4o. Todas las entidades públicas responsables del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos de cualquier orden, contarán con un (1) año, a partir de la vigencia de la presente Ley, para presentar un balance de los montos adeudados por este concepto a todos sus trabajadores. Hacia el futuro deberán presentar a sus respectivas Corporaciones Públicas, el balance de los aportes y apropiaciones para el pago oportuno de todas las prestaciones sociales, so pena de incurrir los funcionarios responsables, en causal de mala conducta.

ARTICULO 5o. La presente ley rige a partir de su promulgación.

El Presidente del honorable Senado de la República,
JULIO CESAR GUERRA TULENA.
El Secretario General del honorable Senado de la República,
PEDRO PUMAREJO VEGA.
El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,
RODRIGO RIVERA SALAZAR.
El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,
DIEGO VIVAS TAFUR.
REPUBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL
Publíquese y ejecútese.
Dada en Cartagena de Indias, D.T., a los 29 de diciembre de 1995.
ERNESTO SAMPER PIZANO
La Ministra de Trabajo y Seguridad Social,
MARIA SOL NAVIA VELASCO.

Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

- 5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.
- 5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.
- 5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.
- 5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya 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 puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2.

En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación.

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

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva 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 adjudica

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.”*

También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna.

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo.

La acción de grupo tampoco es vía idónea para reclamar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas toda vez que su finalidad es indemnizatoria, bajo los supuestos de la existencia de un daño antijurídico y de responsabilidad extracontractual porque, conforme al inciso 2 de la Ley 472 de 1998, la acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios, esto es, tiene un alcance preciso y limitado, mientras que la reclamación de la indemnización moratoria, está dentro de la órbita del derecho laboral administrativo cuyas reglas están dadas por la legislación positiva.

Dicho de otro modo, como el perjuicio por reparar se origina en una decisión o manifestación unilateral de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos es necesario invalidarla, previo agotamiento de la vía gubernativa, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que mediante las acciones de reparación directa o de grupo puedan anularse los actos administrativos, estas no son la vía procesal adecuada. Desconocería la integridad del ordenamiento jurídico percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo porque este continuaría produciendo efectos jurídicos ya que ese es su cometido legal.

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

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

Efectos de la presente sentencia

Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la

acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

5.4. Solución al caso concreto

La inconformidad del apelante consiste en que no está de acuerdo con el número de días que le fueron reconocidos al contar el monto de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de sus cesantías definitivas ni con el valor que sirvió de base a la entidad para el reconocimiento de la sanción moratoria.

Sobre el primer aspecto señala que el número de días en mora que le reconoce la Resolución No.2054 del 28 de octubre de 1999 es incorrecto pues en dicho acto se afirma que la solicitud para el pago de la mora fue radicada el 30 de agosto de 1999, en tanto, afirma el actor, su "*solicitud de pago del saldo de las prestaciones se presentó en junio 9 de 1998 (...) por lo tanto tomar otra fecha distinta es incurrir en un grave error.*".

Sea lo primero precisar que el reclamo del apelante versa sobre la indemnización moratoria en el pago del "*saldo de las prestaciones*", que realmente es sólo el saldo de las cesantías definitivas, para lo cual deben hacerse las siguientes consideraciones.

El 4 de febrero de 1998, mediante Resolución No.088, el Concejo Municipal de Santiago de Cali declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Relator General de dicha Corporación, cargo para el cual había sido designado por Resolución No.775 del 25 de febrero de 1997 (Fls. 3 y 4 C.Ppal.).

El 15 de mayo de 1998, mediante Resolución No.336, se ordenó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas y otras prestaciones sociales en favor del demandante, por la suma de \$18'356.720.00 (Fl. 9 c2).

El 9 de junio de 1998 esta suma estuvo disponible en ventanilla para ser cobrada por el demandante y fue reclamada por éste el 18 de junio de 1998 (Fl. 25 C.Ppal.).

El actor interpuso recurso contra la Resolución No. 336 del 15 de mayo de 1998, que fue resuelto por la Resolución No. UTH-1440 del 23 de octubre de 1998, que ordenó incrementar el valor en \$1'831.630.00, en el rubro correspondiente a cesantías definitivas (Fl. 6 cuaderno No.2)

El 22 de junio de 1999, mediante cheque, esta suma fue pagada al demandante según certificación expedida por la Pagadora General del municipio de Santiago de Cali (Fl. 2 c2).

El 28 de octubre de 1999, por Resolución No.UTH 2054, la entidad accionada ordenó el pago de \$2'850.578.00, a título de indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, al considerar que respecto del último pago, de \$1'831.630.00, incurrió en mora porque debió pagarlo el 21 de enero de 1999 y no el 22 de junio de 1999, como ocurrió.

El recurrente argumenta que la entidad tomó como fecha para iniciar el cómputo de la mora el 30 de agosto de 1999 porque en esa fecha se presentó la solicitud de reliquidación, y no el 9 de junio de 1998 que, en su opinión, debió ser el punto de partida para contabilizar la indemnización moratoria, toda vez que en tal fecha presentó la solicitud de reliquidación.

La Sala desestimaré el argumento del apelante porque el artículo 2, inciso 1, de la Ley 244 de 1995 dice que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordenó la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para pagar esa prestación social.

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

Como la Resolución No.UTH-1440, que ordenó incrementar el valor de las cesantías definitivas en \$1'831.630.00, fue expedida el 23 de octubre de 1998 y notificada el 5 de noviembre de 1998, oportunidad en que se le hizo saber al actor que tenía cinco (5) días para interponer contra la misma los recursos de reposición y apelación, que

no interpuso, la Sala concluye que la administración computó adecuadamente la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías cuando señaló, en la motivación de la Resolución No. UTH 2054 del 28 de octubre de 1999, que la fecha límite que tuvo la entidad para realizar el pago, sin incurrir en mora, fue el 21 de enero de 1999, a partir de la cual debe computarse la indemnización moratoria. Fue lo que hizo la entidad demandada, que tuvo en cuenta para calcular la indemnización moratoria el período comprendido entre el 21 de enero de 1999 y el 22 de junio de 1999, fecha de pago del saldo de las cesantías definitivas.

Por las razones expresadas la Sala considera que la entidad liquidó adecuadamente la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías al calcular la misma tomando el período que va del 21 de enero de 1999 al 22 de junio de 1999.

Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrearán perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

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.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad

conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.

Como segundo motivo de inconformidad expresa el apelante que no está de acuerdo con el valor que sirvió de base para reconocerle la sanción moratoria. Explica que tanto la administración municipal como el Tribunal se equivocaron porque consideraron que sólo se incurrió en mora *“con respecto al segundo pago por el mismo concepto, es decir que la mora no se causó sobre el total de la obligación laboral (\$20'188.359.99) sino sobre la diferencia entre el salario promedio tenido en cuenta el 15 de mayo de 1998 y liquidado el 23 de octubre del mismo año.”*

La Sala desestimaré este argumento pues una interpretación razonable de la Ley 244 de 1995, artículo 2, parágrafo, indica que la indemnización moratoria no puede liquidarse en este caso sobre la totalidad de la obligación laboral porque, según consta en autos, el primer pago de las cesantías definitivas \$13'950.872.00³ fue realizado oportunamente; por lo tanto, la base para la liquidación de la indemnización moratoria que tuvo en cuenta la entidad accionada, la diferencia entre el salario promedio de la primera liquidación, \$4'667.578.00, y el de la segunda, \$5'233.933.00, concilia adecuadamente el derecho del demandante a que se le pague una sanción por la mora en el pago del saldo de las cesantías definitivas con la circunstancia de que la mora no ocurrió sobre la totalidad de las cesantías definitivas sino sobre un monto que apenas excede el 10% de lo debido por este rubro.

Por las razones expresadas, la Sala considera ajustado a derecho el valor fijado por la entidad como base para liquidar la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la Ley

³ El total de las prestaciones pagadas en esta ocasión fue de \$18'356.720.00.

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del 20 de febrero de 2004 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda promovida por JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ, identificado con cédula de ciudadanía No.14'449.453 de Cali, contra el Municipio de Santiago de Cali.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

LIGIA LOPEZ DIAZ
Presidente

ALBERTO ARANGO MANTILLA

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
Aclaración de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

REINALDO CHAVARRO BURITICA

ENRIQUE DE JESUS GIL BOTERO
Aclaración de voto

ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ
Ausente

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

FILEMON JIMENEZ OCHOA

JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Aclaración de voto

JAIME MORENO GARCIA

ANA MARGARITA OLAYA FORERO
Ausente

MARIA INES ORTIZ BARBOSA
Ausente

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE
Aclaración de voto

DARIO QUIÑONES PINILLA
Ausente

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

HECTOR J. ROMERO DIAZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Aclaración de voto

MARTHA SOFIA SANZ TOBON

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., quince (15) de mayo de dos mil siete (2007)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada por esta Corporación en el asunto de la referencia, aclaro mi voto en relación con una afirmación puntual que se efectúa en la parte motiva de la providencia, por cuanto discrepo de la misma, así como de los efectos que produce.

1. Contenido y alcance de los señalamientos jurídicos sobre los cuales recae la aclaración del voto

La Corporación, en Sala de lo Contencioso Administrativo, el 21 de marzo del año en curso desató el recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2004, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca; en la página 22 de la providencia, con la finalidad de unificar la jurisprudencia, se hace la siguiente afirmación:

“Efectos de la presente sentencia

“Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

“Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia se aplicará como criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

“(...)” (subrayado del texto original).

2. Razones y argumentos de la aclaración

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala, en el sentido de confirmar la decisión apelada, me aparto del razonamiento antes transcrito con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. La posición asumida en la providencia, en cuanto acepta que los procesos que se iniciaron y cursan en la actualidad, vía acción de reparación directa para el pago de las indemnizaciones moratorias por falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, continúen con el respectivo trámite de la mencionada acción indemnizatoria por razones de seguridad jurídica y respeto al derecho de acceso a la administración de justicia.

2.2. En efecto, considero que no es posible que vía jurisprudencial, con el estandarte de la seguridad jurídica, se pretenda salvaguardar – o desatender- una clara situación de incompetencia del funcionario judicial, cuando es claro que la normas que establecen y desarrollan los factores de competencia, son de orden público e inalterables por voluntad de las partes o del funcionario judicial; aceptar lo contrario, significa admitir que una razón de pragmatismo judicial puede modificar estos factores asignados específicamente por las reglas legales.

Lo anterior, como quiera que la seguridad jurídica como valor constitucional y legal, en la medida que brinda una garantía a los ciudadanos en relación con la forma y dirección como se producen e interpretan las disposiciones y subreglas de derecho, no puede ser utilizada como sustento para desconocer las disposiciones sobre jurisdicción y competencia. Dicha situación, tal y como quedó planteada supone transgredir ciertos principios constitucionales como el de igualdad de las partes frente a la ley (art. 13 C.P.), así como la garantía del juez natural y al debido proceso (art. 29 C.P.), en tanto que las decisiones en curso van a ser definidas por jueces de distintas Salas o Secciones del Consejo de Estado, o de los Tribunales Administrativos (órganos jurisdiccionales éstos que, según las disposiciones legales vigentes, están organizados funcionalmente por Secciones⁴), con competencias y funciones explícitas derivadas de la ley, como además sólo puede ser.

⁴ Ver Acuerdo 58 de 1999, modificado por el acuerdo 55 de 2003, proferidos por la Sala Plena del Consejo de Estado, y decreto 2280 de 1989.

2.3. En ese orden de ideas, al interior de cada uno de los procesos que se tramitan con fundamento en la acción de reparación directa, ha debido declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por falta de competencia funcional, de conformidad con lo establecido por el numeral 2 del artículo 140 del C.P.C. y, de esta manera, permitir que se adecuara el trámite procesal respectivo al de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 143 C.C.A.), dirigida en contra del respectivo acto administrativo ficto que niega el reconocimiento del pago salarial o prestacional.

Son las razones expuestas, las que me obligan a aclarar el voto respecto de la decisión mencionada, por cuanto no considero viable ni pertinente el aval brindado por la Corporación para que los procesos iniciados en ejercicio de la acción de reparación directa, para la reclamación de la indemnización moratoria en el pago de cesantías, culminen su trámite procesal, en la medida que existe ausencia de competencia para resolver dichas controversias las cuales, como precisó la Sala, deben ser ventiladas vía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL
Consejero: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ**

Si bien comparto plenamente la decisión adoptada por la Sala en el presente asunto, me aparto muy respetuosamente de algunos aspectos analizados en la parte considerativa.

Señala la sentencia 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 requieren agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación,*

conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria”.

En mi opinión, los procesos que se iniciaron en ejercicio de la acción de reparación directa no deben continuarse por esta acción, porque en virtud de la sentencia de Sala Plena el juez de la Sección Tercera pierde competencia para decidir sobre ellas. Baste decir, que el juez administrativo no es legislador y por tanto, no puede atribuir competencia a un juez que carece de ella.

En los casos en que se hubiere presentado acción de reparación directa, lo que procede es que la Sección Tercera reenvíe el expediente a la Sección Segunda para que se continúe con su trámite, y entender que el concepto con base en el cual considera que se vulneró el derecho que causó el perjuicio al actor, constituye el concepto de violación y se entre a decidir, si el proceso fue iniciado, admitido y puesto en conocimiento de la parte demandada, sin violación al derecho de defensa para ninguna de las partes.

En este sentido, hay que entender que demanda presentada en ejercicio de la acción de reparación directa se hizo en tiempo oportuno, pues el actor, confiado en la interpretación jurisprudencial se vio obligado a acudir a los presupuestos de la acción de reparación directa excediendo, lo más seguro el tiempo de caducidad que se tiene frente al acto administrativo particular.

El juez no puede hacer más gravosa la situación de la parte con sus decisiones jurisprudenciales. Dejar que un proceso que debe tramitarse por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con un procedimiento que tiene una duración probable de tres años, frente a un procedimiento de la Sección Tercera con una duración probablemente de quince años, es hacer nugatoria la justicia.

En estos términos dejo plasmada mi aclaración.

Atentamente,

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

Fecha ut supra

ACLARACION DE VOTO

Consejero: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Si bien comparto la decisión de mayoría, debo manifestar que encuentro convincente la afirmación contenida en el acápite de consideraciones, según la cual “la acción de grupo no es vía idónea para reclamar indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas”, pues nada impone que deba descartarse absolutamente esa posibilidad cuando el número de reclamantes damnificados satisface el mínimo exigido por la ley 472 de 1998.

El que la indemnización moratoria en este caso se halle tabulada en la ley o, lo que es igual, que esté regulada de manera precisa en ella, no la despoja de la condición que indudablemente reviste, esto es: “una indemnización por perjuicios”. Luego no encuentro afortunada la consideración que la excluye de ser reclamada por vía de la acción de grupo.

Comedidamente,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Consejero