

**TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN JUDICIAL PROCEDENTE
Y ESTRUCTURACIÓN DEL TÉRMINO DE SANCION MORATORIA EN LA
LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS DE SERVIDORES PÚBLICOS**

ANDREA DEL PILAR ARTEAGA GALVIS

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

**TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN JUDICIAL PROCEDENTE
Y ESTRUCTURACIÓN DEL TÉRMINO DE SANCION MORATORIA EN LA
LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS DE SERVIDORES PÚBLICOS**

ANDREA DEL PILAR ARTEAGA GALVIS

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo**

Asesor:

**ALVARO MONTENEGRO CALVACHY
Magistrado tribunal administrativo de Nariño**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores”

Artículo 1 de Acuerdo N° 324 de octubre 11 de 1966 emanada por el Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Jurado

Jurado

Asesor

San Juan de Pasto, Noviembre de 2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. AUXILIO DE CESANTÍA.....	11
2. ACCIONES O PRETENSIONES JUDICIALES.....	15
3.TÉRMINO PARA CANCELAR CESANTÍA SIN QUE SE CAUSE SANCIÓN MORATORIA	20
4. CONCLUSIONES	23
BIBLIOGRAFIA	25

RESUMEN

El tema principal de este ensayo tiene relación con cuál sería la correspondiente acción judicial para obtener el pago de la sanción moratoria en la liquidación de cesantías de los empleados públicos, como el término de morosidad que se debe tener en cuenta para la reclamación.

Este ensayo, de acuerdo a los pronunciamientos realizados por la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que la experiencia, pretende clarificar los temas en referencia, lo cual indudablemente contribuirá a mejorar el entendimiento del ejercicio profesional cuando se tiene que avocar estas situaciones.

Hemos consultado una amplia variedad de normas que se han venido aplicando en nuestro país y que han dado la oportunidad de entender, establecer con una exactitud y finalmente determinar la vía apropiada para iniciar la correspondiente acción judicial.

La conclusión a la que llegaremos, servirá a partir de este momento, como la jurisprudencia más actualizada, como una referencia vertical, para jueces, para particulares al igual que para la administración pública.

Todos los obstáculos que existirán con anterioridad, no se volverán a repetir y esto ayudará a descongestionar la rama judicial, a suministrar soluciones rápidas y efectivas por la vía administrativa más no por la vía judicial.

PALABRAS CLAVES: sanción moratoria, reclamar, liquidación de cesantías, mejorar, jurisprudencia actualizada, descongestionar

ABSTRACT

The main topic of this essay has to do with which would be the corresponding judicial action to obtain the recognition of the moratory sanction when claiming for the severance payment of public employees and the failure top way on time that has to be taken into account.

This essay, according to the pronouncements done by the litigious administrative jurisdiction, and as well as the experience, pretends to clarify the announced topics, which undoubtedly will contribute to improve the understanding for the professional exercise, when dealing with these kind fo situations.

We have looked up a wide variety of legal regulations that have been applied in our country and which will give you the opportunity to understand, exactly state and finally determine the appropriate way to start the corresponding judicial action.

The conclusion that we might arrive to, will serve, from now and on, as an updated jurisprudence, as a vertical reference, for judges, for particular people and for the public administration as well.

All the obstacles that were found before will not be repeated anymore and thus, it will help to declutter the judicial branch and to provide quick and effective solutions through the administrative way but not through the judicial one.

KEY WORDS: moratory sanction, claiming, severance payment, improve, updated jurisprudence, declutter

GLOSARIO

En el trabajo se utilizarán una serie de términos especialmente de carácter jurídico que por su importancia deben ser relacionados a efectos de tener una visión más aproximada del tema a tratar.

ACCION: Derecho que se tiene a pedir una alguna cosa en juicio, y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo justicia lo que es nuestro o se nos debe. Solicitud a un tribunal la aplicación de la ley a un caso determinado.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: Aquella que tiene toda persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica para pedir que se declare la nulidad de un acto administrativo y se le restablezca en su derecho. También puede solicitar que se le repare el daño. La misma acción tiene quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.

ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA: Aquella que tiene la persona interesada en que se le repare un daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

ACCION CONTRACTUAL: Aquella que tiene una persona para pedir que se declare sobre un contrato estatal su existencia o nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

ACTO ADMINISTRATIVO: Decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías. La entidad que administra. Constituye función típica del poder ejecutivo, sus actividades son las que regula el derecho administrativo.

CADUCIDAD: Acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor. Se puede producir entre otros motivos, por la prescripción, por el vencimiento del plazo, por falta de uso, por desaparición del documento.

CESANTÍA: Paga que en determinada circunstancia percibe el empleado cesante.

INTERES: Provecho, utilidad, ganancia. Valor que en sí tiene una cosa. Lucro producido por el capital.

INTERPRETACION: Acción y efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad.

INTERPRETACIÓN JUDICIAL: Interpretación que hacen solo los jueces.

JURISDICCION: Del latín iurisdictio (administración del derecho). Acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es, pues, la función específica de los jueces.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: A cargo del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Juzgados Administrativos que juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas.

JURISPRUDENCIA: Interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. La jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada. En algunos países las que son dictadas por tribunales de casación que se constituyen en la más alta jerarquía dentro de una organización judicial y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción.

MORA: Tardanza en el cumplimiento de una obligación. Retraso en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida.

TÉRMINO: Límite, plazo, final del plazo, vencimiento en tiempo.

INTRODUCCIÓN

Un tema controversial para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha sido el atinente tanto a la acción judicial procedente cuando de acudir a la administración de justicia se trata en procura de obtener el pago de la sanción moratoria en la liquidación de cesantías de los servidores públicos, como el término en que dicha morosidad comenzaba a correr.

Este ensayo pretende a voces de los pronunciamientos realizados por la jurisdicción contencioso administrativa y de la misma experiencia, clarificar los temas en comento que indudablemente contribuirán a un mejor entendimiento para el ejercicio profesional cuando de avocar estos temas se trate.

1. AUXILIO DE CESANTÍA

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6ª 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. Para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, este nuevo régimen adoptó 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, modificada parcialmente por la Ley 1071 de 2006, 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, modificada parcialmente por la Ley 1071 de 2006, artículo 1º, 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.

En estos la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, señala:

“...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 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...”

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 5º de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 1º.- 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 5º 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 es válido 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.

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

2. ACCIONES O PRETENSIONES JUDICIALES.

Establecido como quedó dicho el tema de la liquidación de las cesantías y la correspondiente morosidad, la discusión se centró luego en qué clase de acción judicial era la que se debía impetrar para lograr su reconocimiento y pago; es decir, cuál era la vía judicial procedente para controvertir tal situación.

Varias fueron las acciones que se entablaron ante la jurisdicción contencioso administrativa tratando de perseguir la indemnización moratoria por el no pago o pago tardío del auxilio de cesantías. Se interpusieron en este intento la acción de reparación directa, la acción ejecutiva, la acción de grupo y naturalmente, la acción de nulidad y restablecimiento de derecho.

Los vaivenes anteriores habían hecho presencia en los pronunciamientos judiciales del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos.

Por vía de ilustración se tiene por ejemplo los precedentes jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que al respecto habían señalado:

- En sentencia del 17 de julio de 1997, Radicación número 11376, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, se profirió 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, se dijo que 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. En la exposición de los considerandos expuso el Alto Tribunal que 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.
- En sentencia del 26 de febrero de 1998, Radicación número 10813, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, se modificó la decisión 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. Es decir, 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 cuyo caso la acción adecuada es la de Reparación Directa. Se formuló un salvamento de voto argumentando que el cumplimiento de los actos administrativos por los cuales se reconocen derechos patrimoniales no se enjuician por la vía de la reparación directa por

tratarse de actos de simple cumplimiento que constituyen por si mismos un título ejecutivo ya que contienen una obligación, clara, expresa y exigible que, da lugar a ventilarse por el proceso Ejecutivo.

- En auto del 27 de septiembre de 2001, Radicación número 19300, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, modificó el criterio mayoritario, atendiendo a que el texto de la Ley 244 de 1995 consagra: *“Bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”*, siendo así, la acción que procede para reclamar la sanción moratoria, es la Acción Ejecutiva ya que la sanción se causa automáticamente sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del deudor, pudiéndose ejercer esta vía procesal con el acto de liquidación de las cesantías y así reclamar la sanción moratoria causada desde la fecha de su expedición hasta aquella en que se produzca el pago efectivo de la obligación. La Acción de Reparación Directa, en consecuencia no es viable para reclamar en forma independiente el pago de unas sumas cuyo reclamo se omitió.
- En auto del 3 de agosto de 2000, Radicación número 18392, Consejera Ponente: María Helena Giraldo Gómez, inadmitió una demanda que en ejercicio de la Acción de Reparación Directa, pretendía que se declare responsable al Estado por no haber pagado unas prestaciones sociales que no habían sido reconocidas. Se indicó: *“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 del 27 de febrero de 2003, Radicación número 23739, Consejera Ponente: María Helena Giraldo Gómez, 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. Se admitió la Acción de Reparación Directa porque se demandaban unas omisiones administrativas.
- En sentencia del 2 de junio de 2005, Radicación No. AG 2382, Consejera ponente: María Helena 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 en la tardanza en el pago puso en evidencia el daño material ocasionado a los pensionados.

Por otra parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado había señalado:

- En sentencia del 21 de marzo de 2002, Radicación No. 1124-2000, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, 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.

- **(termino)** En sentencia del 12 de diciembre de 2002, Radicación No. 1604-2001, Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, indicó que para determinar cuándo la administración incurrió en mora deben contarse sesenta (60) 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 (60) días se desagregan de la siguiente manera: quince (15) que corresponden al término que tiene la entidad para expedir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas y cuarenta y cinco (45) 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.
- **(termino)** En sentencia del 3 de abril de 2003, radicación número 0881-02, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, también abordó el fondo del asunto debatido y denegó la solicitud de la indemnización moratoria porque para su causación se requiere que hayan transcurrido cuarenta y cinco (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 del 31 de julio de 2003, radicación número 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 de Palmira (Valle).
- En sentencia del 19 de febrero de 2004, radicación número 1846-2003, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, 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.

Como se podrá apreciar, habían existido diferentes criterios para determinar cuál es la acción judicial que se debe instaurar para obtener el pago de la sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas y con el fin de unificarlos, el Consejo de Estado en providencia del 27 de Marzo de 2.007, con ponencia del señor Consejero Dr. Jesús María Lemos Bustamente, puntualizó:

“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”.

La acción de grupo no constituye la vía judicial 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 2º 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 contenida en un acto administrativo destinado a producir efectos jurídicos, es necesario invalidarlo, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hay lugar, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que sea posible mediante las acciones de reparación directa o de grupo, la anulación de actos administrativos, éstas no constituyen las vías procesales adecuadas para percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo, de lo contrario, éste continuaría produciendo efectos jurídicos pues ese es su cometido legal. Afirmar lo contrario, desconocería la integridad del ordenamiento jurídico.

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 a la jurisdicción contenciosa administrativa 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.

3.TÉRMINO PARA CANCELAR CESANTÍA SIN QUE SE CAUSE SANCIÓN MORATORIA

El conteo del término para la configuración de la sanción por mora que la administración pública debe tener en cuenta para que esta se cause a favor del administrado, ha estado en discusión y ha generado problemas en su interpretación tanto jurídica como judicial; toda vez que desde la expedición de la Ley 244 de 1.995, la intención de la normatividad fue precisamente propiciar porque las decisiones administrativas se expidan, oportunamente con el propósito de evitar escenarios de corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios para los servidores públicos.

Valga recordar que la ley citada, establece un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas, buscando que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Pues bien, cuando lo hace en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la ley 244 de 1.995 que contempla que 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 y que en caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en la norma en comento. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.

En síntesis, se esta frente a un tema de interpretación de cual es el verdadero término para el conteo de la estructuración de la morosidad; si es el fijado por la ley o cual otro que apunte a tener una finalidad práctica y concreta a favor del administrado.

Generalmente se había venido exponiendo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2, inciso 1, de la Ley 244 de 1995 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, de la solicitud de reliquidación, razón por la cual se debía de precisar cual debía ser el punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria.

El Consejo de Estado en la providencia referenciada sobre este aspecto recalcó 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 acarreen perjuicio al peticionario. Ahora bien 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.

Se precisó 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 acudirse 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.

El tratamiento en cuanto al tipo de acción que debe entablarse en el tema en comento que fue aclarado por vía jurisprudencial; llevó igualmente al considerar que pasaría con los procesos que en ejercicio de la acción de reparación directa se habían instaurado y en tal sentido se dispuso, que los mismos debían de finalizarse siguiendo el procedimiento de la citada acción y que el nuevo tratamiento jurisprudencial solo vendría a operar como nuevo criterio jurisprudencial a partir de la ejecutoria de la sentencia. Sin embargo y frente a lo anterior es natural que existan reparos porque la figura de las nulidades procesales ante la ausencia de competencia para resolver las controversias quedarían sin efecto así como también que el juez administrativo no es legislador ni menos puede atribuir competencia a otro juez que carece de ella, sumado a que por los cambios jurisprudenciales se sometía a una persona a no contar con la seguridad jurídica que requiere toda sociedad; reparos que se consignaron y quedaron como aclaraciones de voto; pero lo cierto es que con el nuevo tratamiento jurisprudencial tanto la acción judicial correspondiente como el término de conteo se decantó, permitiendo de ahora en adelante clarificar esta situación

que no es otra que brindar como se expuso seguridad jurídica y en virtud de este ensayo precisar el alcance de tal jurisprudencia para un mejor manejo tanto de la judicatura, administración pública y personas que se ven inmersos en el tema de la cesantía y la morosidad para su pago.

4. CONCLUSIONES

Corolario de la anteriormente expuesto se tendría entonces que la temática de la estructuración de la sanción moratoria en las cesantías de los servidores públicos tenía necesidad de formularse aclaraciones puntuales; toda vez que al ex servidor se lo colocada en situaciones bastante difíciles para cobrar un derecho que le asiste por el tiempo de servicio que había laborado en la administración pública; que lo ubicada al vaivén de las voluntades partidistas y de corrupción administrativa cuando de cobrar se trataba y el tiempo se dilataba y dilataba sin tener una pronta respuesta.

A lo anterior se suma por consiguiente que clarificada la acción judicial procedente ante la jurisdicción contenciosa administrativa y el término de computo para que se configure la sanción moratoria; es indiscutible que para los administradores del erario público, les asiste una gran responsabilidad en el manejo de los recursos del Estado toda vez que si no se actúa en los términos que ha fijado la ley 244 de 1.995 y su complementaria la ley 1071 de 2.006; les implicaría acarrear sanciones de orden disciplinario y penal e incluso de repetición por las condenas a que hubiere lugar.

Haber precisado que el acto de reconocimiento de la sanción moratoria debe 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; abandona de manera definitiva los anteriores criterios que había adoptado la jurisprudencia cuando se abordó el ejercicio de la acción de reparación directa, de grupo e incluso la ejecutiva con las particularidades reseñadas en este ensayo sobre el tema de la sanción moratoria y que servirá de ahora en adelante de jurisprudencia de actualidad como referente vertical tanto para jueces como para particulares y naturalmente para la administración pública.

Finalmente haberse decantado que el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria que 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; no es otra cosa que la clarificación de los términos que la administración pública debe observar, tanto en su favor como la del propio ex servidor público; con lo cual se estima que todos esos obstáculos que anteriormente se estructuraban, se repite en desmedro de los intereses de la persona; ya no se vuelvan a repetir que incluso contribuye a no

congestionar la Rama Judicial y a propiciar soluciones por la vía administrativa y no judicial.

BIBLIOGRAFIA

HERRERA MATIZ, Cristóbal. "Portafolio de Derecho Público". Bogotá, Colombia: Leyer, 2008. 300 p.

YOUNES MORENO, Diego. "Derecho Administrativo Laboral". Bogotá, Colombia: Temis. 2001. 400 p.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. "Derecho Procesal Administrativo". Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2008.

PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA.

- Sentencia del 17 de julio de 1997, Radicación número 11376, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Sentencia del 26 de febrero de 1998, Radicación número 10813, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Auto del 27 de septiembre de 2001, Radicación número 19300, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Auto de 3 de agosto de 2000, Radicación número 18392, Consejero Ponente: María Helena Giraldo Gómez.
- Auto del 27 de febrero de 2003, Radicación número 23739, Consejero Ponente: María Helena Giraldo Gómez.
- Sentencia del 2 de junio de 2005, Radicación número AG 2382, Consejero Ponente: María Helena Giraldo Gómez.

PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA.

- Sentencia de 21 de marzo de 2002, radicación No.1124-2000, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla.
- Sentencia de 12 de diciembre de 2002, radicación No.1604-2001, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante.
- Sentencia de 3 de abril de 2003, radicación No.0881-02, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

- Sentencia de 31 de julio de 2003, radicación No.4873-2002, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante,
- Sentencia de 19 de febrero de 2004, radicación No.1846-2003, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, 27 de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ).
- Tribunal Administrativo de Nariño. Magistrado Ponente: Álvaro Montenegro Calvachy. Sentencia 2009.
- LEY 244 DE 1.995.
- LEY 1071 de 2.006