

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, veintidós (22) de Abril del dos mil quince (2015)

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Demandante	Omaira del Socorro Guisao Gamboa
Demandado	La Nación- Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicado	05001 33 33 024 2014 00990 00
Asunto	Remite por competencia / Falta de Jurisdicción / El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no es el adecuado para reclamar la sanción por mora en el pago de cesantías.
Interlocutorio	Nº 256

1. La señora **OMAIRA DEL SOCORRO GUISAO GAMBOA** actuando mediante **apoderada** judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en contra de **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** ante los Juzgados Administrativos de Circuito de Medellín (R), solicitando se accediera a las siguientes pretensiones:

- 1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 5 de DICIEMBRE de 2013, frente a la petición presentada el día 5 de SEPTIEMBRE de 2013, en cuanto se negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*
 - 2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*
2. Previo a continuarse con la siguiente etapa procesal, se hace necesario verificar la competencia por factor jurisdiccional para conocer o no del presente medio de control, por lo que el despacho se permite hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En el caso objeto de estudio, pretende **la demandante**, el reconocimiento y pago de la denominada sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a las que tenía derecho, en los términos en los que se encuentra consagrada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, a

razón de un día de salario por cada día de retardo en que incurra la Administración, teniendo en cuenta que la accionada contaba con un plazo de 45 días hábiles que empezaban a descontarse a partir de la fecha en la cual hubiera quedado en firme el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, en el presente, reconocidas mediante **Resolución N° 02215 del 21 de febrero de 2013**, el cual, según afirma, se venció ampliamente sin que se hubiera hecho efectivo el pago total de la suma de dinero que le había sido reconocida por medio del acto administrativo, pues la cancelación de la cesantías fueron efectuadas el **2 de julio del 2013**.

2. Cesantías parciales o definitivas de servidores públicos: El auxilio de cesantías es una prestación social que se traduce en el pago al trabajador de una suma de dinero proporcional al tiempo servido. Deben distinguirse en el derecho de cesantías dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: Uno es el momento de la liquidación del auxilio; y otro es el momento en que el funcionario recibe el auxilio liquidado.

La liquidación del auxilio de cesantías, como lo ha expresado el Consejo de Estado¹, debe efectuarse cuando la ley de forma clara y taxativamente señala según el régimen de cada funcionario. Dicha liquidación puede ser parcial o definitiva y coincidir o no coincidir con la fecha de pago del derecho al trabajador. Por otra parte el pago del auxilio se efectúa consignándolo en un fondo autorizado o entregado al trabajador el valor previamente liquidado, cuando dicha liquidación se encuentra en firme o adquiere fuerza ejecutoria.

Para las Entidades públicas, 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.

Cabe afirmar, como lo dijo la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, que la Ley 244 de 1995, 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 trabajadores².

Con respecto al pago oportuno de cesantías de los servidores públicos, la ley 244 de 1995 establece:

"ART. 1º. *Dentro de los 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. (...).*

"ART. 2º. *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***

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 31 de julio de 2003, expediente 4063-02, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

² Consejo de Estado, Sala Plana contencioso Administrativa, sentencia de 27 de marzo de 2007, expediente 2777-2004, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. 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....” (Resaltado fuera del texto)

Y la Ley 1071 de 2006, “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”, dispone que tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

De conformidad con el artículo 2º de la Ley 1071, “Son destinatarios de la presente ley los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. ...”. Y en el artículo 4º, se establecen los términos para la liquidación y pago de cesantías parciales o definitivas. También se prevé **la mora en el pago**, en los siguientes términos:

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

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

3. Advierte el Despacho que en relación con la jurisdicción competente para conocer de este tipo de asuntos y la acción que debe ejercitar el trabajador, cuando la entidad pagadora ha incurrido en mora por el no pago oportuno de las cesantías dentro del término de 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales, a objeto de obtener la condena de la entidad morosa a la cancelación de la denominada sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, ha existido divergencia respecto de si **la demandante** debe acudir por la vía de la acción ejecutiva ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o la Jurisdicción Contencioso Administrativa por la vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo la nulidad del acto ficto que niega el reconocimiento de la mencionada sanción.

4. Si bien esta agencia judicial venía siendo del criterio que la vía adecuada para demandar era la nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de que se reconociera el derecho a la sanción moratoria producto del no pago o pago tardío de las cesantías definitivas o parciales, en atención a las posiciones sostenidas recientemente por otros juzgados administrativos y por el H. Tribunal Administrativo³ e incluso en las providencias adoptadas por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, órgano competente para dirimir los conflictos suscitados entre dos jurisdicciones, se hace necesario replantear dicha posición.

5. La acción procedente y la jurisdicción competente.

5.1 La denominada sanción moratoria, es uno de los tópicos que más ha sido debatido por el H. Consejo de Estado, como lo muestra el recuento verificado por la Sala Plena en la sentencia del 27 de marzo de 2007⁴, en la que se precisan los principales momentos de la jurisprudencia de la Corporación en los que se han sustentado las diferentes tesis que hasta ahora se han mantenido al respecto, presentándose criterios por los que se indicó que la acción procedente es la de Reparación Directa, en tanto en otras ocasiones se postuló que la que procedía era la Acción Ejecutiva que se debía promover ante la Justicia Ordinaria Laboral, porque la sanción se causaba automáticamente sin necesidad del previo reconocimiento expreso del derecho por parte del deudor; hasta indicarse que por tratarse de un asunto de carácter laboral se debía ejercer la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dado que se exigía la expedición de un acto administrativo que reconociera la prestación.

5.2 Del repaso por los diferentes momentos por los que había trasegado la doctrina del H. Consejo de Estado, y de los Tribunales Administrativos, por supuesto, se llegó a la definición de la línea jurisprudencial que terminó por acogerse en forma unánime, con tres aclaraciones de voto *-que en esencia se mostraron totalmente conformes con la directriz adoptada-*, en la que se resolvió cuál era la acción que debía ejercitarse, según las diferentes situaciones que bien podían presentarse, siendo así como se expresó a ese respecto en la referida sentencia del 27 de marzo de 2007⁵:

"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.

³ Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Segunda de Oralidad en decisión de Marzo 14 de 2013 radicado: 05001-23-33-000-2013-00188-00 M.P. Dra. Beatriz Elena Jaramillo Muñoz

⁴ H. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Proceso Radicación N°. 76001233100020000251301(IJ). Actor: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUÍZ Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI. M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵ Sentencia de Sala Plena ya citada del 27 de marzo de 2007.

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 acudir 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”.

En la misma sentencia, consideró la Sala Plena del Consejo de Estado, que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación, 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.

5.3 Posteriormente el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en auto proferido 17 de febrero de 2011 (Radicado: 47001-23-31-000-2002-00324-01. C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila), reitero dicha posición exponiendo que:

“En ese orden de ideas y como lo que pretende el actor en el sub-lite es el pago del saldo de lo que la Universidad del Magdalena le reconoció por concepto de auxilio de cesantía, así como los intereses y la sanción moratoria correspondientes; la Sala estima que la Jurisdicción competente para conocer de este caso es la Ordinaria a través de la acción ejecutiva. Por esa razón, y en aras de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia del demandante

y la primacía del derecho sustancial sobre el formal, se ordenará remitir el expediente a esa Jurisdicción, sin perjuicio de la carga procesal que le asiste al actor consistente en adecuar la demanda a la acción procedente.

No puede ser otra la conclusión porque en la hipótesis en la que la Sala opte por dictar sentencia en el sub-lite; lo único que puede decidir en caso de acceder a las pretensiones (dada la competencia de esta Jurisdicción y la acción incoada), es declarar la nulidad de los actos fictos y ordenar el pago de lo adeudado. No obstante, lo anterior riñe con toda lógica si se tiene en cuenta que la Universidad del Magdalena ya le reconoció al demandante la cesantía mediante acto administrativo en el cual, además, ordenó el pago de dicha prestación. Por ello y como lo que quiere el actor es que el pago se materialice en el porcentaje adeudado, es el Juez ordinario el competente para ejecutar las obligaciones surgidas de actos administrativos.”

5.4. Jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura.

El Honorable Consejo Superior de la Judicatura, es el organismo competente para dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, de conformidad con el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política, y en verdad que ha dirimido varios conflictos suscitados sobre el particular entre la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria-laboral, acerca del tema que se analiza en esta providencia; sin embargo, para el caso que nos ocupa, se tendrán en cuenta dos providencias que se estima son las que permiten conocer el criterio de la Corporación:

5.4.1. Providencia de 26 de junio de 2013.

En esta providencia determinó, que no tiene ninguna relevancia la naturaleza jurídica de la Entidad demandada, sino que por el contrario lo que se debe analizar es el origen de la obligación y obviamente, la pretensión del actor pues de ella principalmente es que depende cual será la acción idónea para reclamar su derecho y por ende la jurisdicción competente para conocer del asunto.

Reafirma la Sala, que el interesado deberá tramitar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 CCA y 138 del CPACA), cuando sus pretensiones estén dirigidas a cuestionar el acto administrativo definitivo de reconocimiento de las cesantías, de la sanción moratoria o de los elementos que conforman el título ejecutivo. En los eventos anteriores, existe una típica contención que debe obligatoriamente tramitarse bajo las cuerdas procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en tanto hay una inconformidad frente a lo decidido en un acto administrativo.

Por el contrario, si la pretensión del interesado está dirigida a solicitar judicialmente el pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías - estando conforme con el acto administrativo en virtud del cual se reconoce la cancelación de estas—, podrá dirigirse directamente al juez laboral por medio de la acción ejecutiva.

Dijo la Corporación⁶:

"(...).

d. El pronunciamiento de la Administración como determinador y condicionante del tipo de Acción.

Aunado a lo advertido, los apartes transcritos de las providencias del Consejo de Estado, ofrecen importantes luces para ayudar a identificar la alternativa de interpretación posible de la sentencia de 2777/04. Así se tiene que: i) es factible que el cobro de la sanción moratoria de que trata la ley 244/95 y 1071/06, pueda lograrse acudiendo tanto a la jurisdicción contenciosa administrativa, como a la Ordinaria; ii) El conocimiento del reclamo por parte de cualquiera de estas jurisdicciones está supeditado al modo en que el titular del derecho finalmente plantee el mismo; así pues, de acudir ante la Administración para provocar un pronunciamiento de esta referido al contenido de la obligación de pagar la sanción moratoria, el interesado obtendrá un acto administrativo expreso, o ficto, entorno a su viabilidad —generalmente contrario a sus pretensiones—, evento en el cual la única acción apta para controvertirlo será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y el juez: el administrativo.

Por el contrario, es igualmente factible que el pago de la sanción se intente sin exigir de la Administración un pronunciamiento expreso o presunto sobre su viabilidad, optando el interesado por acudir a la acción ejecutiva laboral, teniendo como base de la obligación un título ejecutivo complejo (evento en el cual el mismo habrá de cumplir los requisitos del artículo 100 del Código Procesal Laboral).

En atención a esto último, surge de inmediato un interrogante adicional: de considerar lo afirmado por el mismo Consejo de Estado, según lo cual para acudir a la acción ejecutiva no basta con que la norma prevea la sanción moratoria por pago tardío para entender integrado el título valor, en todo caso, ¿Se requiere de provocar el pronunciamiento de la Administración? Para la Sala, la respuesta es afirmativa.

Y es que como ha quedado claro, no es posible confundir la norma como fuente de la obligación con el título base de ejecución; de lo contrario, no se estaría frente a una obligación clara, expresa y exigible. Se hará necesario entonces, acudir ante la administración para exigir de ella un pronunciamiento que le permita al juez identificar fehacientemente la fecha de causación (esto es la que corresponda al momento en que debió haber efectuado el pago de las cesantías) y el contenido cierto de la obligación cuya ejecución se le reclama.

Bajo este entendido, se trataría de un pronunciamiento diferente al que sirve de base para incoar la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la Jurisdicción Contenciosa, pues éste solo tendría por objeto probar el no pago y la determinación del monto adeudado. En suma, constituiría un pronunciamiento de la administración encaminado a dar certeza y claridad a la obligación, más no para referirse a su viabilidad concreta.

Ahora bien, en cuanto a las pretensiones y el medio de control pertinente que pueden activarse por los interesados en controversias derivadas de la aplicación

⁶ Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia de 26 de junio de 2013, Magistrado Ponente: Dr. Henry Villarraga Oliveros. Radicado: 11001 01 02 000 2013 01070 00.

de la sanción moratoria en materia de cesantías de servidores públicos, las cuales podrían agruparse en: i) Aquellas que se proponen contra el acto administrativo definitivo de reconocimiento de las cesantías; ii) Las que se plantean contra el acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria; iii) Aquellas que controvierten los elementos que conforman el título ejecutivo como que la obligación no sea clara, expresa o actualmente exigible y iv) Las que buscan el cobro ejecutivo de la sanción moratoria.

De esta manera, reafirma la Sala, el interesado deberá tramitar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 CCA y 138 del CPACA), cuando sus pretensiones estén dirigidas a cuestionar el acto administrativo definitivo de reconocimiento de las cesantías, de la sanción moratoria o de los elementos que conforman el título ejecutivo. Obviamente, en los eventos anteriores, existe una típica contención que debe obligatoriamente tramitarse bajo las cuerdas procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en tanto hay una inconformidad frente a lo decidido en un acto administrativo.

Por el contrario, si la pretensión del interesado está dirigida a pedir judicialmente el pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías - estando conforme con el acto administrativo en virtud del cual se reconoce la cancelación de estas—, podrá dirigirse directamente al juez laboral por medio de la acción ejecutiva, debiendo asegurarse que el título ejecutivo complejo esté debidamente configurado, lo cual se logra aportando: 1) Copia del Acto administrativo por medio del cual se reconoció el pago de las cesantías; 2) Una certificación de la administración encaminada a brindar la siguiente información: fecha exacta en que debió haberse pagado dicha prestación, el estado actual del pago y el monto del salario diario devengado por el interesado.

De esta manera, los jueces, deberán identificar cuál es el objetivo perseguido por el actor en cada caso y a partir de allí podrán establecer cuál será el medio procesal idóneo a ejercer por el interesado y por supuesto el operador judicial competente.

En todo caso, la Sala tiene que advertir que el no pago de la sanción moratoria dentro del término legal establecido, es fuente de responsabilidad disciplinaria y fiscal para el o los funcionarios encargados de planear y ejecutar el presupuesto de la entidad pública que ha reconocido las cesantías totales o parciales. Esto, en consideración al detrimento del patrimonio público que se pueda ocasionar y la inobservancia del principio de legalidad del gasto público que ello supone (Decreto 111/96, Artículo 350 constitucional).

e. Conclusiones.

Una lectura cuidadosa de la providencia de unificación 2777/04 del Consejo de Estado, obliga a concluir que:

a) Lo establecido en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en relación con el pago de la sanción por mora en la cancelación de las cesantías, constituye la fuente de dicha obligación, más no el título base de la ejecución.

b) *La obtención judicial del pago de la sanción por mora que establece la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, se logra por dos vías: la contenciosa administrativa y la ejecutiva laboral. La primera, cuando lo pretendido sea atacar la integridad jurídica del acto expreso o ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la misma; en tanto que, la segunda cuando no esté en controversia la viabilidad del pago, y el interesado acude directamente al juez laboral para obtener que se libre mandamiento de pago a su favor, en cuyo caso habrá de integrarse el título ejecutivo complejo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo.*

c) *En ambas situaciones, el interesado siempre habrá de provocar el pronunciamiento de la Administración, ya sea para intentar por esta vía el pago de la sanción —mediante la presentación de una solicitud encaminada al efecto— o constituir en debida forma el título ejecutivo complejo.*

d) *De optar el interesado por la primera de las vías, la acción a interponer será la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; mientras que si decide obviarla, acudiendo directamente al juez laboral, deberá asegurarse que el título ejecutivo complejo esté debidamente configurado, lo cual se logra aportando: 1) Copia del Acto administrativo por medio del cual se reconoció el pago de las cesantías; 2) Una certificación de la administración encaminada a brindar la siguiente información: fecha exacta en que debió haberse pagado dicha prestación, el estado actual del pago y el monto del salario diario devengado por el interesado".*
—Negrilla por fuera del texto".

La Corporación venía adscribiendo la competencia conforme al nombre de la acción señalado en el libelo introductorio de la demanda, para indicar que cuando se acudía al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ello demarca la competencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y cuando por vía ejecutiva se demandaba el pago de los intereses moratorios el asunto corresponde a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, es decir, la asignación de competencia al decidir conflictos los venía definiendo el actor al identificar la demanda⁷. Como se observa, el demandante era el que determinaba el medio de control y la jurisdicción competente para conocer del asunto.

5.4.2. Providencia de 3 de diciembre de 2014

En esta oportunidad el Consejo Superior de la Judicatura, al definir un conflicto sobre el tema del medio de control procedente y la jurisdicción que debe conocer de proceso donde se reclama el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, en términos de la misma Corporación, "*retoma la posición primaria para estar en consonancia con la Jurisdicción Contenciosa*".

Estima que ya no es defendible la posición esbozada en el sentido que por no tener un reconocimiento expreso la sanción moratoria por parte de la administración, no puede pregonarse la existencia de título ejecutivo, cuando la complejidad del mismo deviene de la presencia de elementos básicos e

⁷ A manera de ejemplos, se tienen decisiones en los radicados 110010102000201400686 -00 del 23 de julio de 2014; 110010102000201401443-00 del 30 de julio de 2014; 110010102000201303056-00 del 5 de marzo de 2014; 1100101020002014016664-00 del 3 de septiembre de 2014; 110010102000201401744-00 del 3 de septiembre de 2014; 110010102000201401750-00 del 17 de septiembre de 2014, y 110010102000201401939-00 del 10 de septiembre de 2014

ineludibles, como la existencia del reconocimiento de las cesantías (no se discute la misma), su pago tardío o no pago y la ley misma (Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006) como fuente de obligación que es, ante esas realidades no hay forma de sustraerse al reconocimiento de título ejecutivo, que por serlo, es exigible ante la jurisdicción que compete, solo que ante los supuestos dados en el artículo 104- 5 de la Ley 1437 de 2011, no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, por no estar allí dentro de los enlistados por el legislador, y por tanto, el juez natural sigue siendo el Ordinario Laboral.

Así las cosas, la Corporación realiza un cambio de posición para decidir conflictos en asuntos como el de la referencia, a fin de dejar sentado que es la Ley y, en caso de duda, el Juez del conflicto quien decide teniendo en cuenta no solo la pretensión invocada sino el fondo del asunto expuesto, y la jurisdicción competente.

Ésta es la última tesis de la Corporación – que implica un cambio en la que venía sosteniendo, y es la que se debe tenerse en cuenta hoy a la hora de establecer el medio de control y la jurisdicción competente para conocer de asuntos como el de la referencia. Dijo la Corporación⁸:

"El presente caso se relaciona con un conflicto negativo de jurisdicción, suscitado entre las autoridades arriba anotadas por el conocimiento de la demanda ordinaria laboral, promovida por ROSALBA MESA CARVAJAL contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin que se declare que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de sus cesantías definitivas (Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 Art. 5), la que concreta en 284 días, contados a partir del 5 de agosto de 2011 al 14 de mayo de 2012, teniendo en cuenta que fueron reconocidas mediante Resolución No. 468 del 30 de diciembre de 2011, equivalente a un día de salario por cada día de retardo. En consecuencia, requirió el pago de dicha sanción moratoria, lo que conlleva en forma indefectible a esta Sala que se encuentra frente a un litigio que se debe ventilar por la vía ejecutiva laboral.

Decisión del caso. El artículo 100 del Código Sustantivo del Trabajo, establece: "será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme", y el numeral 5º del canon 2º de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, dispone que la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad Laboral y de Seguridad Social, conoce de "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad".

En el asunto sub examine, la demandante aportó la Resolución No. 0468 del 30 de diciembre de 2011, mediante la cual se le reconocieron las cesantías definitiva a la señora ROSALBA MESA CARVAJAL, por la suma líquida a entregar de \$89.532.082,00 lo cual significa que a través de ese acto administrativo se reconoció una obligación clara, expresa y exigible por la vía ejecutiva laboral.

Así las cosas, la acreencia laboral cuyo pago reclama la demandante, fue reconocida por la Secretaria de Educación Departamental, con la orden expresa

⁸ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia de 3 de diciembre de 2014, Magistrada Ponente: Dra. María Mercedes López Mora, Radicado 110010102 000 2013 02982 00.

en la resolutive que "De la suma reconocida exceptuando el valor estipulado en el párrafo primero del artículo primero, queda un saldo líquido de \$80.121.529.00 que será cancelado por la entidad Fiduciaria La Previsora S.A. según acuerdo suscrito entre la Nación y esta entidad a ROSALBA MESA CARVAJAL...", por ende, teniendo en cuenta que no se está discutiendo la legalidad de ese acto administrativo sino el cumplimiento del mismo, que generó una mora de 284 días hizo necesario que se instaurara demanda ordinaria laboral para que se reconozca que se canceló por fuera del termino de Ley. **Resulta entonces que la competencia para conocer el asunto recae en la Jurisdicción Ordinaria.**

Debe acotarse sobre el hecho que, como lo pretendido es el pago de una obligación legal, como es la mora en la cancelación de las cesantías reconocidas, pues la Resolución 468 del 30 de diciembre de 2011 tan solo fue cancelada el 14 de mayo de 2012, sanción que estando prevista y debidamente reglada en su cuantía según los días de mora, se torna indiscutible que el monto es fácilmente determinable, para que en concordancia con el art. 488 del C.P.C., **pueda hablarse de estar en presencia de un título ejecutivo, de donde es viable su ejecución por parte del beneficiario a través de acción ejecutiva.**

No en vano la Ley 244 de 1995, adicionada en ese aspecto por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, estimó el pago de un día de salario por cada día de mora hasta el pago de las cesantías reconocidas por acto administrativo en firme, lo cual hace perfectamente determinable la cuantía por la cual se reclama en ejecución.

Diferente fuera que se estuviera discutiendo el reconocimiento de las cesantías como litigio a resolver por alguna de las jurisdicciones enfrentadas, pero una vez declarado y reconocido el derecho de las primeras, **la ley, como se dijo, estipula la cuantía como castigo que se debe pagar por no cancelar dentro del período de gracia para ello concebido, consagración ésta que refuerza el argumento de estar frente a cuantías determinadas y ejecutables, no por otra vía distinta a la laboral ordinaria.**

Teoría que no es novedosa en el ordenamiento interno, menos en esta Colegiatura, que desde mucho antes concibió esta misma posición cuando se ventilan casos como el de autos, pese a que se invocaban pretensiones de nulidad y restablecimiento de derecho, determinando siempre como de la jurisdicción ordinaria por constituir título ejecutivo complejo una vez reconocida las cesantías.

De igual forma, el mismo Consejo de Estado sentó el criterio al interior de su jurisdicción, desde el 27 de marzo de 2007 en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando en el radicado 200002513-01, expuso, luego de algunas variantes, que **"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"**. Posición no discutible cuando se ventilan iguales supuestos de hecho, y como garantía de seguridad jurídica deben resolverse situaciones similares en el mismo sentido. (...).

Precisa e insiste la Sala que no es el nomen juris de la demanda lo que determina la jurisdicción del proceso, sino la real pretensión y objeto del litigio, en este caso, no otro que lograr el reconocimiento y cancelación de una sanción que se

encuentra debidamente determinada en la Ley, con base en la Resolución que cuantificó la obligación principal y la demostración de la fecha de cancelación de ese reconocimiento que demuestre lo tardío de su pago.

Aceptar el rótulo de la demanda como determinante en la escogencia de la jurisdicción, es dejar al arbitrio de las partes algo que es potestativo de legislador, es la Ley la que establece las reglas de competencia, sólo que por interpretaciones que suelen dar a ciertas normas los operadores judiciales, registran las diligencias posiciones encontradas frente a hechos aparentemente confusos, donde surge necesaria la intervención del juez del conflicto, quien por mandato Constitucional y legal adscribe el conocimiento al competente con fuerza vinculante para los intervinientes y los Jueces trabajos en el conflicto". (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

6. El caso concreto:

6.1. Se tiene que en el presente caso, **la demandante** solicitó ante la entidad demandada, mediante **petición del 5 de septiembre del 2013** el pago de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías liquidadas a través de la **Resolución Nº 02215 del 21 de febrero de 2013**, expedida por la secretaria de educación **del Municipio de Medellín**, mediante la cual se liquidaron las prestaciones sociales de la señora **OMAIRA DEL SOCORRO GUISAO GAMBOA** y que fueron efectivamente canceladas el **2 de JULIO de 2013**.

De lo anterior, **la demandante** aporta pruebas de las que se desprende claramente las fechas de solicitud, reconocimiento y pago, desprendiéndose entonces, tal como lo ha entendido la jurisprudencia un título ejecutivo complejo conformado por el acto de reconocimiento de las cesantías solicitadas, las cuales no han sido cuestionadas y la constancia del pago realizado de manera tardía, susceptible de reclamarse por la vía ejecutiva, en lo que respecta a la sanción por mora, que comienza a correr de manera automática, a partir del momento en que debía realizarse el pago. Ello es así, porque en dichos asuntos no existe discusión alguna que deba ser resuelta a través del proceso ordinario, pues del solo transcurso del tiempo y el contenido de la ley que la consagra se desprende la ocurrencia de la sanción moratoria que se reclama.

Así las cosas, de conformidad con lo previsto en los artículos 100 del Código Sustantivo del Trabajo, 2º, numeral 5º de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, se trata de un proceso ejecutivo por una obligación emanada de la relación de trabajo, cuya competencia se encuentra asignada a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social.

6.2. Si bien la administración guardó silencio frente a la petición y en principio puede afirmarse que se originó un acto administrativo ficto por silencio negativo, en términos de lo previsto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ello no muta al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ni cambia jurisdicción competente para conocer del asunto, porque el daño no se deriva del acto ficto

que niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria; se trata de una obligación que está determinada y no requiere de declaración judicial, pues está contenida en documentos que provienen del deudor y por virtud de la ley se puede exigir su cumplimiento, por medio del proceso ejecutivo, ante la jurisdicción ordinaria.

Diferente fuera el caso que la parte demandante estuviera discutiendo el monto de las cesantías reconocidas, pues en este evento el conflicto jurídico a resolver sería el de legalidad del acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho; pero una vez declarado el derecho sobre el cual no hay discusión, la ley establece la oportunidad para su pago y la sanción por mora que debe pagar el acreedor por no hacer el reconocimiento y pago en tiempo, *"consagración ésta que refuerza el argumento de estar frente a cuantías determinadas y ejecutables, no por otra vía distinta a la laboral ordinaria"*, como lo definió el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la providencia de 3 de diciembre de 2014.

6.3. En suma, el medio de control para hacer efectivo el derecho que se reclama en el caso de la referencia, no es el de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que propone la **demandante**. El proceso ejecutivo es el establecido para exigir y obtener la plena satisfacción de la prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado, la cual está contenida en documentos emanados directamente del deudor y por virtud de la ley, derivados de una relación de naturaleza laboral, el cual no está dentro de los que taxativamente están enlistados en el numeral 6º del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que son los que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativo.

7. De conformidad con lo expuesto a lo largo de esta providencia, aunado a los planteamientos del **Consejo Superior de la Judicatura** en las providencias citadas, y dado que en el presente caso la acción está dirigida a obtener el pago de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías liquidadas a través de la **Resolución N° 02215 del 21 de febrero de 2013**, mediante la cual se liquidaron las prestaciones sociales de Omaira del Socorro Guisao Gamboa, se estima que el competente para seguir asumiendo el conocimiento del presente asunto es la jurisdicción ordinaria laboral, Jueces y Juezas Laborales del Circuito de Medellín –Reparto-, en virtud de lo previsto en los artículos 100 del Código Sustantivo del Trabajo, y 2º, numeral 5º de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo.

8. El despacho concluye entonces, que carece de Jurisdicción para continuar conociendo del proceso de la referencia, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordenará la remisión del expediente al órgano competente, en este caso, a los Juzgados Laborales del Circuito de Medellín (reparto).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

- 1. DECLARAR LA FALTA DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL** para conocer del medio de control de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- 2.** Estimar que el competente para seguir conociendo del presente proceso, son los **Juzgados Laborales del Circuito Medellín –Reparto–**, a los cuales será remitido, a través de la Secretaría del Despacho y por intermedio de la Oficina de Apoyo Judicial para los Juzgado Administrativos.
- 3.** Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial de la demanda hecha ante el Juzgado que ordena la remisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ELENA CADAVID RAMÍREZ
Juez

K

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO VEINTICUATRO ADMINISTRATIVO ORAL
DE MEDELLIN

En la fecha se notificó por ESTADOS ELECTRÓNICOS el auto
anterior.

Medellín, _____ fijado a las 8 a.m.

SECRETARIO