



JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015)

Auto interlocutorio No. 240

Referencia	Nulidad y restablecimiento del derecho laboral.
Demandante	Dora Elena Santa Alzate
Demandado	Nación – Mineducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicado	05001 33 33 025 2015 00236 00
Asunto	Declara falta de jurisdicción / ordena remisión de expediente a jueces labores del circuito.

La señora **DORA ELENA SANTA ALZATE**, obrando por medio de apoderada judicial, mediante escrito de fecha 21 de enero del año en curso, presentó demanda contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, y al efecto formula las siguientes,

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del acto ficto fecha 09 de septiembre de 2014, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, respecto de la petición de 09 de junio del mismo año, con el cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 224 de 1995.
2. Como consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 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.
3. Condenar a la demandada al pago del reajuste de las sumas adeudadas con base en el IPC.
4. Que se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago.

HECHOS

1. La entidad demandada tiene a cargo el pago de la cesantía de la demandante, por laborar al servicio de la educación pública.
2. Por lo anterior, mediante petición radicada el 19 de septiembre de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
3. Mediante Resolución No. 515 del 19 de noviembre de 2013, le fue reconocida la cesantía solicitada.
4. Tal concepto fue pagado a la actora el 28 de marzo de 2014.
5. Conforme con lo anterior, la entidad demandada se tardó un total de 93 para el pago de la cesantía a la demandante, lo que genera en consecuencia su derecho a percibir la sanción moratoria establecida en las normas antes enunciadas.
6. El 09 de junio de 2014, la demandante solicitó el pago de la sanción moratoria lo que fue negado mediante acto ficto.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico

El problema jurídico que debe resolverse en esta oportunidad consiste en establecer (i) si el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es el adecuado para pretender el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de un servidor público, y (ii) si el asunto relacionado con el reconocimiento y pago de la sanción por mora corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Para resolver el problema se abordarán los siguientes temas: (i) ley 1437 de 2011 y transición, (ii) el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción ejecutiva, (iii) competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria laboral, en asuntos laborales y ejecutivos, (iv) las cesantías parciales o definitivas de servidores públicos (v) precedente jurisprudencial relacionado con la vía adecuada para el cobro de la sanción moratoria y el juez competente, (vi) y solución del caso concreto.

2. La Ley 1437 de 2011 y transición

Para la implementación del sistema oral en la jurisdicción contencioso administrativa, se expidió la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual comenzó a regir el 2 de julio de 2012, y donde se establecen nuevas reglas de competencias para el Consejo de Estado, los Tribunales y Juzgados Administrativos (artículos 149 a 157). Y en el artículo 308 de esta Codificación se establecieron reglas de transición, según las cuales:

(i) “Este Código Sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrega en vigencia”, y

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

Observa el Juzgado que la demanda de la referencia se presentó el día 21 de enero de 2015, como consta en el sello de la Oficina Judicial, visible a folios 18 del expediente, es decir, se rige por las disposiciones de la Ley 1437 de 2011.

3. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción ejecutiva ante la jurisdicción contencioso administrativa

3.1. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, está consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“ART. 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, **podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho**; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquél”. – Negrilla y subrayado fuera del texto).

Este medio de control se propone cuando esté de por medio **un acto administrativo que vulnere** “*un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica*”, pudiéndose solicitar, además de la nulidad del acto por ser contrario las normas superiores que lo consagra a favor del demandante, el restablecimiento del derecho conculcado por aquél. En la demanda se deben formular dos pretensiones:

La primera, que es la principal de anulación del acto administrativo, por las causales de nulidad del inciso 2º del artículo 137 del C.P.A.C.A., esto es, “... *cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y*

defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”; y

La segunda es la pretensión consecencial de restablecimiento del derecho de la persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por la norma jurídica, que debe desprenderse directamente de la nulidad del acto que lo niega o desconoce. No puede haber restablecimiento del derecho sin la nulidad de un acto administrativo que lo desconozca o vulnere.

Sobre las características del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto al *petitum*, dice la doctrina:

“... En el contencioso de nulidad y restablecimiento deberá el actor pedir, **además de la nulidad del acto expreso o presunto**, que se le restablezca el derecho o se le repare el daño (inc. 1º del art. 138); para ese efecto deberá expresar en qué consiste la violación del derecho y la manera como estima que debe restablecerse. Tal como lo indica el inciso 2º del artículo 163 del nuevo código: “*cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda*”.

En esta acción no podrá omitirse, bajo ningún pretexto, la petición de nulidad del acto, porque el resarcimiento sólo será posible como consecuencia de su invalidación. En estos eventos, como lo ha dicho la doctrina, **no hay responsabilidad estatal sin la declaratoria de ilegalidad de la decisión que produjo la lesión del derecho.** Situación diferente se presenta cuando esa lesión es producida por el hecho de la autoridad, porque aquí tendrá que pedirse directamente a ésta la reparación del daño antijurídico producido por su acción u omisión (art. 140)¹.
– Negrilla y subrayado por fuera del texto–.

El término de caducidad de este medio de control, por regla general, es de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso; salvo las reglas de excepción, entre otras, “*cuando se dirija contra actos producto del silencio administrativo*”, donde la demanda puede ser presentada “*En cualquier tiempo*”².

Este medio de control jurisdiccional se diferencia del de reparación directa por el origen del perjuicio, el primero se deriva del acto ilegal de la administración, mientras que el segundo, proviene del hecho, la omisión o la operación administrativa. Y se diferencian ambos del proceso ejecutivo, porque en éste el derecho está declarado por voluntad de los interesados o de la ley y se encuentra respaldado en documentos que prestan mérito ejecutivo, sin que se requiera que judicialmente se declare el derecho.

¹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, octava edición, Señal Editora, Medellín, 2013, pág.g. 58.

² Artículo 164, numera 1, letra d), y numeral 2, letra d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, se tramitan las controversias derivadas del ejercicio de la función pública, como los actos de insubsistencia, destituciones, revocatorias de nombramiento, retiro o separación del servicio, exclusiones del escalafón docente, ascensos al escalafón docente, derechos salariales y prestacionales, derechos de carrera administrativa o prelación para recibir comisión de estudios, etc.³, desde luego, cuando el derecho no está declarado y debe someterse a controversia, porque si el derecho está contenido en un título ejecutivo, no puede acudir al medio de control contencioso administrativo, sino a la vía del proceso ejecutivo.

3.2. El proceso ejecutivo, es el conjunto de actuaciones cuyo fin es obtener la plena satisfacción de una obligación a favor del demandante y a cargo del demandado, la cual debe estar contenida en una sentencia, en acto administrativo que conlleve ejecución, en un documento o conjunto de documentos emanados directamente del deudor y que cumplan con los requisitos señalados en la ley.

En palabras de Carnelutti, citado por Azula Camacho⁴, el proceso ejecutivo tiende a obtener la satisfacción de una pretensión cierta. Y con base en la certeza de la existencia del derecho, se ha establecido un proceso con características especiales coercitivas que le permite al acreedor, hacer efectivos esos derechos.

Como lo señala el Profesor López Blanco⁵, *“un sistema procesal no puede limitar su campo de acción a establecer una serie de procesos para reconocer los derechos, sino que es indispensable que aquellos cuya existencia sea cierta e indiscutible porque provienen bien de una decisión judicial, o de un negocio jurídico unilateral o bilateral, puedan ser tutelados ampliamente en el momento en que más requieren de la ayuda estatal: cuando el obligado pretende desconocer la prestación que debe ejecutar”*.

De allí que el Proceso de ejecución parte de la base de una pretensión insatisfecha, no de una pretensión debatida. Por eso, como en cualquier proceso ejecutivo no puede adelantarse ejecución sin título -requisito *ad solemnitatem*-, considerado tal *“el documento -título simple-, o la serie de documentos conexos, que por mandato legal o judicial, o por acuerdo de quienes lo suscriben, contiene una obligación de pagar una suma de dinero, o dar otra cosa, o de hacer, deshacer, o no hacer a cargo de una o más*

³ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. Derecho Procesal Administrativo, décima edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 202, P. 347.

⁴ JAIME AZULA CAMACHO, Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, Procesos ejecutivos, 2º edición, Bogotá, Temis, 1994, pág. 1.

⁵ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo II, Parte Especial, 5º edición, Bogotá, Ed. ABC, 1991, pág. 289.

*personas y a favor de otra o de otras, que por ser expresa, clara, exigible y constituir plena prueba, produce la certeza judicial necesaria para que pueda ser satisfecha mediante el proceso ejecutivo respectivo*⁶.

El artículo 422 del Código General del Proceso⁷ – que conserva similar redacción a la contenida en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil– establece que pueden demandarse ejecutivamente “*las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliare3s de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero si la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184*”.

4. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria laboral, en asuntos laborales y ejecutivos

4.1. En la tradición jurídica de Colombia, por regla general, **el conocimiento de los conflictos de naturaleza laboral** en que se ven involucrados empleados públicos, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, **regla en la que prevale la naturaleza del vínculo como factor de competencia**, de conformidad con los artículos 104, numeral 4º, 152, numeral 2º y 155, numeral 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La primera de las normas establece el objeto de la jurisdicción, y en materia laboral señala que esta jurisdicción conocerá igualmente de los asuntos “*Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público*”. En las normas siguientes se establece que esta jurisdicción, a través de los Tribunales Administrativos o Juzgados, según la cuantía, conoce de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, “*que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad,...*”.

⁶ VELÁSQUEZ, Gómez Juan Guillermo. Los Procesos Ejecutivos. Ed. Jurídica Sánchez: Medellín, 2006.

⁷ En la jurisdicción Contencioso Administrativo, rige el Código General del Proceso, desde el 1º de enero de 2014, como lo definió el Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo, en providencia de unificación de 25 de junio de 2014, expediente No. 49.299.

Por su parte, de conformidad con el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral⁸, modificado por la Ley 712 de 2001, la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de los asuntos allí determinados, entre otros, de “*los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en un contrato de trabajo*” (numeral 1º).

4.2. Debe señalarse que las competencias anteriores hacen referencia a los procesos de conocimiento –proceso ordinario-, porque cuando se trata de procesos ejecutivos, donde la obligación está determinada y consta en documento o en un conjunto de documentos que de conformidad con la ley prestan mérito ejecutivo, la competencia de la jurisdicción contencioso Administrativa está determinada en forma expresa y taxativa en el numeral 6º del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dice:

“ART. 104. De la jurisdicción de lo contencioso Administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en las leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los articulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...).

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. (...).”

Luego, en lo que dice relación a las reglas de competencia para conocer de **procesos ejecutivos**, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, se tiene establecido lo siguiente:

i) Los procesos ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción.

⁸ Conforme con el artículo 1º de la Ley 712 de 2001, el Código de Procedimiento Laboral se denomina “Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social”.

ii) Los procesos ejecutivos provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública, y

iii) Los procesos ejecutivos originados en los contratos celebrados por las entidades públicas.

4.3. Entre tanto, la **jurisdicción ordinaria** en sus especialidades laboral y de seguridad social, conoce de **procesos de ejecución** de “**obligaciones emanadas de la relación de trabajo** y del sistema de seguridad social integral **que no correspondan a otra autoridad**” (numeral 5º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001), y la “Ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994” (numeral 7 del artículo 2º ibídem). – Negrilla y subrayado fuera del texto).

Concordante con lo anterior, el inciso primero del artículo 100 del Código de Procedimiento Laboral, dice que “**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 firme”. Negrilla fuera del texto -.

Y cuando la ley hace referencia a “**una relación de trabajo**”, que es un concepto genérico, comprende tanto a la que tienen los empleados públicos como la que corresponde a los trabajadores oficiales, o la que tienen los trabajadores privados con sus empleadores; es decir, para efectos de la competencia **en procesos ejecutivos ante el juez laboral**, la ley no establece como criterio la naturaleza del vínculo laboral. Cosa bien diferente, es la regla general de competencia para conocer de **conflictos laborales**, donde el criterio a tener en cuenta, por regla general⁹, es el de la naturaleza de la relación laboral, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 712 de 2001.

4.4. Así las cosas, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de las controversias y litigios, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, es decir, los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado,

⁹ Se dice por regla general, porque existen otros eventos en los cuales tampoco interesa determinar la naturaleza jurídica del vínculo laboral, como en los asuntos de seguridad social integral, en los de calificación de invalidez, y en los asuntos de fuero sindical, que también son de competencia de los Jueces Laborales, bien que se trate de conflictos jurídicos de empleados públicos o de trabajadores oficiales, como está previsto en el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, con excepción de los asuntos que en esta materia fueron asignados a la jurisdicción contencioso administrativa, por virtud del numeral 4º del artículo 104 del CPACA.

mientras que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social, es la competente para conocer de los procesos ejecutivos en los que se pretenda el cumplimiento de obligaciones derivadas de la **relación de trabajo**.

5. 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 Estado¹⁰, 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 trabajadores¹¹.

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

¹⁰ 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.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plana contencioso Administrativa, sentencia de 27 de marzo de 2007, expediente 2777-2004, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

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 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”.

6. Precedente jurisprudencial sobre la vía adecuada para el cobro de la mora en el pago de las cesantías y del juez competente

El siguiente es el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que se compendia en la sentencia de Sala Plena Contencioso Administrativa de 27 de marzo de 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante:

6.1. Sección Segunda del Consejo de Estado:

En la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia de 21 de marzo de 2002, radicado 1124-2000, Consejero Ponente, doctor Alberto Arango Mantilla, se señaló que si bien, en principio, la sanción moratoria a que se refiere la Ley 244 de 1995, artículo 2º, 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.

En sentencia de 12 de diciembre de 2002, radicado 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 1º y 2º de la ley 244 de 1995.

En sentencia de 3 de abril de 2003, radicado 0881-02, consejera ponente Ana Margarita Olaya Forero, se negó la solicitud de indemnización moratoria porque para su causación se requiere que hayan transcurrido 45 días desde la fecha en que haya quedado en firme e acto de liquidación de las cesantías definitivas.

En sentencia de 31 de julio de 2003, radicado 4873-2002, ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, la Subsección B de la Sección Segunda, 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.

En sentencia de 19 de febrero de 2004, radicado 1846-2003, consejero ponente doctor 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 falta de pago oportuno de la cesantía definitiva al considerar que debe existir una petición previa a la administración en ese sentido.

6.2. La Sección Tercera del Consejo de Estado:

Sentencia de 17 de julio de 1997, radicado 11376, consejero ponente, doctor 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, la acción procedente es la ejecutiva.

En la sentencia de 26 de febrero de 1998, radicado 10813, consejero ponente, doctor Ricardo Hoyos Duque, que es la invocada por el demandante en el caso de la referencia, 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 este el deber de indemnizar al afectado. En consecuencia la vía procesal adecuada es la acción de reparación directa¹².

En auto de 27 de septiembre de 2001, radicado 19300, consejero ponente, doctor Ricardo Hoyos Duque, se modificó el anterior criterio 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 27 de febrero de 2003, radicado 23739, consejera ponente, doctora 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, se estimó que la acción de reparación directa es la adecuada porque se demandan unas omisiones administrativas.

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 1998. Expediente 10813. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

6.3. Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado

Por la importancia jurídica del tema y con el fin de unificar jurisprudencia, la Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, considerando la diversidad de criterios respecto a la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria por no haberse pagado oportunamente las cesantías, y con miras a unificar los diversos criterios, se profirió la sentencia de 27 de marzo de 2007, expediente 2777-2004, consejero ponente, doctor Jesús María Lemos Bustamante.

La Corporación formula las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago oportuno de cesantías, que colige de la Ley 244 de 1995, y después de transcribir el texto de la Ley, expresó lo siguiente:

“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 previsto 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, (...).

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

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” (negrilla fuera del texto).

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.

Sin embargo, dijo la Corporación, *“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 tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria*¹³.

6.4. Jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura

El Honorable Consejo Superior de la Judicatura, es el organismo competente para 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 suscitados entre la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria-laboral, sobre el 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:

6.4.1. 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 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.

Dijo la Corporación¹⁴:

¹³ Ya se expresó que esta sentencia de la Sala Plena Contencioso administrativa es de 27 de marzo de 2007.

¹⁴ 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.

“(…).

d. El pronunciamiento de la Administración como determinante 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 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 libere 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 administrativa, 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 demanda¹⁵. Como se observa, el demandante era el que determinaba el medio de control y la jurisdicción competente para conocer del asunto.

6.4.2. 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 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 competa, 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 Corporación¹⁶:

¹⁵ 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

¹⁶ 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.

"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 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 término 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 tardía 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”.

7. El caso concreto

La señora DORA ELENA SANTA ALZATE, presentó demanda contra la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para que se declare la nulidad del acto ficto configurado, por la falta de notificación de una decisión de fondo relacionada con la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías que le fueron reconocidas.

La demandante aportó copia del derecho de petición, radicado ante la entidad demandada con fecha 09 de junio de 2014, visible de folios 20 a 22, y como no recibió respuesta en oportunidad pretende la nulidad del acto ficto por silencio negativo frente a dicha solicitud.

Por medio de la Resolución No. 515 de 19 de noviembre de 2013, la Secretaría de Educación del municipio de Rionegro, reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a favor de la demandante, por la suma de 10.587.300, que le corresponde por el tiempo de servicios como docente nacionalizada.

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.

En efecto, la acreencia laboral fue reconocida a la demandante mediante la Resolución por medio de la cual se dispuso el reconocimiento y pago de las cesantías, acto que no se discute en esta oportunidad; y la inconformidad se centra en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, lo que genera, a juicio de la parte actora, la sanción por mora.

Si bien la administración guardó silencio frente a la petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora, en principio puede afirmarse que se originó un acto administrativo ficto por silencio negativo en términos del artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, 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, sino del retardo de la administración en el reconocimiento y pago de las cesantías.

Se trata de una obligación que está determinada, y por ello no se requiere de una decisión judicial emitida por la jurisdicción contencioso administrativa que ordene el pago de la sanción por mora, porque la obligación se desprende directamente del acto de reconocimiento y por virtud de la ley que establece cuál es la sanción por el pago tardío de la obligación, asunto que es del conocimiento de la jurisdicción ordinaria-laboral, a través del proceso ejecutivo.

Lo anterior porque lo pretendido en la demanda es el conocimiento y pago de una obligación legal que consiste en la mora en la cancelación de las cesantías reconocidas y pagadas, según la parte demandante, por fuera del plazo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sanción que se encuentra prevista y reglada en su cuantía, por lo que su monto es determinable o liquidable por "*operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas*", de conformidad con lo previsto en los artículos 422 y 424 del Código General del Proceso¹⁷; y desde luego, corresponderá al juez competente verificar si procede o no un orden de pago por tal concepto.

Diferente fuera el caso si la parte demandante estuviera discutiendo el monto de las cesantías reconocidas, pues en este evento el conflicto jurídico a resolver sería el de

¹⁷ También con fundamento en los artículos 488 y 491 del Código de Procedimiento Civil.

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.

Del mismo modo, esta tesis del medio de control a través del proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria laboral, consulta el precedente del Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo, de 27 de marzo de 2007, ya referenciado en esta providencia, que dice:

“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 previsto 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”.

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 parte demandante.

El proceso ejecutivo es el establecido por la Ley para exigir y obtener la plena satisfacción de la prestación u obligación a favor del acreedor y a cargo deudor; obligación que está contenida en documentos emanados directamente del deudor y por virtud de la ley. Y la ejecución emanada de una relación laboral 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 casos que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativo.

En cambio, por 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, el asunto es de competencia de jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social.

Finalmente, el artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que *“En caso de falta de jurisdicción o de*

competencia, mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN,**

RESUELVE

- 1. DECLARAR la falta de jurisdicción – competencia - para conocer del asunto de la referencia, originado en la demanda propuesta por la señora DORA ELENA SANTA ALZATE contra la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**
- 2. ESTIMAR que la jurisdicción ordinaria en sus especialidades Laboral y de la Seguridad Social, es la competente para conocer del proceso de la referencia.**
- 3. REMITIR el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de Medellín (R), por medio de la Oficina de Apoyo Judicial, a la mayor brevedad posible.**
- 4. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial de la demanda hecha ante el Juzgado que ordena la remisión.**

NOTIFÍQUESE

JOSÉ IGNACIO MADRIGAL ALZATE
JUEZ

NOTIFICACIÓN POR ESTADOS

JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLIN

CERTIFICO: En la fecha se notificó por **ESTADOS** el auto anterior.

Medellín, 10 de abril de 2015. Fijado a las 8.00 a.m.

Secretaria