

**INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - Cobro de intereses moratorios sobre cesantías e indemnizaciones requiere agotamiento de la vía gubernativa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia frente a fuente jurídica de pretensiones. Acto expreso o ficto / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedente para controvertir acto de reconocimiento de sanción moratoria en cesantías. Antecedente Jurisprudencial / SANCION MORATORIA POR PAGO TARDIO - Acción procedente**

Las pretensiones de la demanda están encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de una indemnización moratoria con fundamento en la Ley 244 de 1995 y la actualización de los valores reconocidos por concepto del auxilio de cesantías, las cuales encuentran su causa eficiente en una relación laboral que sostuvieron con la entidad demandada. Siendo ello así, los demandantes debieron ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), previo agotamiento de la vía gubernativa (art. 135 ibídem), pues es la que conviene de acuerdo con la ley y los intereses presuntamente lesionados, la cual no pierde su identidad porque se diga interponer la de reparación directa que obedece a otra finalidad y tiene otras características. En esas condiciones, lo procedente es que hubiesen acudido primero ante la entidad demandada para que se pronunciara acerca de la reclamación laboral, agotando de esta forma la vía gubernativa, presupuesto indispensable para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No puede olvidarse que la fuente jurídica de las pretensiones procesales, como en este caso, debió provenir de un acto administrativo expreso o ficto y no de un hecho, una omisión, un error judicial, una operación administrativa o de la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos. Ahora bien, de observarse alguna irregularidad en la expedición de los actos que resuelven una petición, como por ejemplo una reclamación laboral, el interesado debe alegarla al interponer la acción adecuada invocando una de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del C.C.A. pues, como se anotó, siempre que el particular se vea afectado por un acto administrativo, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa, porque la única forma de restablecer el derecho presuntamente desconocido, es la declaratoria de nulidad del acto que contiene la decisión de la administración.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección. Con aclaración de voto del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

**FUENTE FORMAL:** LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 84 / LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 85 / LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 86 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 135

**NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia Exp. IJ-02513, MP. Jesús María Lemos Bustamante.

**AUXILIO DE CESANTIAS - Falta de disponibilidad presupuestal no es excusa para no pagarla. Plazo de pago sin sanción hasta el 29 de diciembre de 2006 / CESANTIAS CAUSADAS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 244 DE 1995 - No se les aplica los términos para constituir en mora en el pago a la administración**

Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en

cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social. En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable. Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente. Ciertamente como lo advirtió la apoderada judicial de la entidad demandada, sólo hasta el 29 de diciembre de 1995, cuando entró en vigencia la Ley 244 de ese año, fue que se vinieron a concebir unos términos perentorios no sólo para atender solicitudes en ese sentido sino para constituir a la administración en mora en el pago del auxilio de cesantías, es decir, que a partir de ese momento el legislador se ocupó de manera particular de fijar unos plazos para el pago oportuno de dicha prestación social a favor de los servidores públicos, estableciendo en consecuencia una sanción pecuniaria para las entidades obligadas a su reconocimiento y pago. Sin embargo, la misma ley concedió un plazo máximo de un (1) año para que las entidades encargadas del desembolso de las prestaciones sociales de los servidores públicos se pusieran al día en el pago de las cesantías definitivas atrasadas, sin que hubiere lugar a que durante ese término se les aplicara la sanción prevista en el parágrafo del artículo 2º, es decir, hasta el 29 de diciembre de 1996 (art. 3º ib.). Obsérvese que la citada Ley 244 de 1995 no se hizo extensiva a situaciones causadas con anterioridad a su entrada en vigencia, como para ordenarse en esos casos el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, y no puede el juez contencioso, en contravía del ordenamiento jurídico, aplicarla oficiosamente de manera retroactiva.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección. Con aclaración de voto del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

**FUENTE FORMAL:** LEY 6 DE 1945 / LEY 65 DE 1946 / DECRETO 1160 DE 1947 / LEY 244 DE 1995

**AUXILIO DE CESANTIAS - Pago por la entidad sin sanciones hasta el 29 de diciembre de 1996 / ACTUALIZACION EN EL PAGO DE CESANTIAS Y PRESTACIONES SOCIALES - Principio de justicia y equidad / CESANTIAS - Término para su pago / CESANTIAS CAUSADAS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 200 DE 2005 - Ajuste según el IPC desde el retiro del servicio hasta el pago efectivo**

De acuerdo con las resoluciones de reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantías a favor de los demandantes, visibles a folios 29 a 63 del cuaderno principal del expediente, dicha prestación social les fue cancelada justamente antes del 29 de diciembre de 1996, luego la entidad demandada se encontraba relevada de reconocer indemnización moratoria alguna en los términos de la Ley 244 de 1995, por lo que las súplicas de la demanda, en ese sentido, no podían prosperar, como en efecto lo declaró el Tribunal Administrativo en su sentencia al encontrar que la obligación no sólo se había hecho exigible con anterioridad sino que ya se había satisfecho para esa fecha. Lo anterior, no significa que las entidades públicas cuando incurran en mora en el pago de las prestaciones sociales, estuvieran liberadas del pago de los perjuicios causados a los funcionarios con dicho retardo. La ausencia de norma específica que determine su

valor no impide que el juez administrativo, con un criterio de justicia social en materia laboral pueda ordenar el resarcimiento de los perjuicios irrogados. Como el auxilio definitivo de cesantías fue reconocido y pagado años después de haberse retirado del servicio los demandantes, es claro que esa particular situación generó una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda, un deterioro de la misma, producto de la inflación que padece nuestra economía, lo cual debe ser absorbido por el llamado a satisfacer el aludido auxilio monetario, criterio afín al sostenido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia del 28 de agosto de 1996, expediente No. S-638, actora Gloria Marina Vanegas Castro. En principio, resultaría inequitativo e injusto para los empleados públicos que habiéndose desvinculado de la entidad, en este caso en los años de 1993, 1994 y 1995, no se haya efectuado el pago a pesar de haber transcurrido más de un (1) año desde cuando se causó el derecho prestacional, pues entregarles una suma nominal devaluada, años después, implicaría desde luego un enriquecimiento sin causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para aquellos. El anterior criterio ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos. Así, en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997 la Sala Plena de esa Corporación expresó: (...). En tal caso, al ordenarse el ajuste de tales valores se previene la devaluación de la moneda, con lo cual se pretende justamente que el restablecimiento represente el valor real tomando como base el momento en que se adquiere al derecho y el momento de su pago efectivo. Finalmente, cabe aclarar, que en este caso no era viable la aplicación de la Ley 244 de 1995 para efectos de establecer el término a partir del cual se reconocería indexación, como lo hizo al a-quo, pues la mencionada ley no había entrado aún en vigencia, debiéndose por lo tanto impartir la orden de actualización de valores desde el momento en que terminó la relación laboral. Así entonces, resulta acertado ordenar que el valor pagado por concepto de auxilio definitivo de cesantías sea actualizado atendiendo el índice de precios al consumidor - IPC -, como en efecto lo ordenó el Tribunal Administrativo en su sentencia, modificándola en el sentido de señalar que la actualización sólo comprenderá el período que transcurrió entre el retiro de cada uno de los actores y la fecha efectiva del pago de las cesantías, atendiendo al hecho de que la Entidad cumplió con la obligación dentro del término de gracia que le concedió la Ley, lo cual no puede ser desconocido teniendo en cuenta que precisamente dicho plazo fue otorgado con el fin de que se pusiera al día con las cesantías que adeudaba a sus empleados y que el mismo se cumplió. Para el efecto basta con observar los actos de reconocimiento de cesantías para cada uno de los demandantes.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección. Con aclaración de voto del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

**FUENTE FORMAL:** LEY 244 DE 1995

**NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, sentencia S-638 y Corte Constitucional, sentencia SU-400 de 1996.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON**

Bogotá, D.C., marzo once (11) de dos mil diez (2010).

**Radicación número: 41001-23-31-000-1998-00792-01(0792-06)**

**Actor: MIGUEL ANTONIO SILVA CASTRO Y OTROS**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL HUILA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 6 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

### **ANTECEDENTES**

MIGUEL ANTONIO SILVA CASTRO, CONSTANTINO SILVA, JOSE FREDDY ANTIA GOMEZ, GUILLERMO GUTIERREZ PERDOMO, LUIS ALBERTO MURCIA VARGAS, CAYETANO RAMON CARVAJAL, LUIS ALFONSO ALBARRACIN PALOMINO, GIL SALAS SANCHEZ, FRANCISCO EUSTORGIO MENDOZA CABRERA, JOSE LISARDO IRIARTE VILLARRUEL, GILDARDO ANTONIO HERRERA MARTINEZ, ANCIZAR BONILLA DIAZ y BEATRIZ BONILLA DIAZ, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial pretenden que se condene al Departamento del Huila a pagar las siguientes sumas: 1) Intereses moratorios sobre las cesantías, por el lapso comprendido entre las fechas en que se causó el derecho y la de pago efectivo de la prestación, equivalente al doble del interés bancario corriente; 2) Indexación de los valores reconocidos por concepto de cesantías, por el mismo término; 3) Intereses actualizados sobre las sumas ordenadas reconocer anteriormente; y 4) A favor de GILDARDO ANTONIO HERRERA MARTINEZ un día de salario por cada día de retardo, por haber cancelado la cesantía definitiva después del plazo fijado en la Ley 244 de 1995.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, los hace consistir:

Miguel Antonio Silva Castro laboró en la Secretaría de Servicios Administrativos del Departamento del Huila hasta el 30 de agosto de 1993. Mediante la Resolución No. 0377 del 22 de octubre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$5'228.893, suma que fue cancelada el 12 de noviembre de 1996.

Constantino Silva laboró en el Instituto Huilense de Cultura hasta el 30 de marzo de 1994. Mediante la Resolución No. 0397 del 24 de octubre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$35'508.694, suma que fue cancelada el 19 de noviembre de 1996.

José Freddy Antia Gómez laboró en el Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación del Huila hasta el 31 de enero de 1995. Mediante la Resolución No. 0608 del 8 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$17'622.164, suma que fue cancelada el 22 de noviembre de 1996.

Guillermo Gutiérrez Perdomo laboró en el Departamento del Huila hasta el 24 de enero de 1995. Mediante la Resolución No. 0537 del 25 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$12'464.763, suma que fue cancelada el 19 de noviembre de 1996.

Luis Alberto Murcia Vargas laboró en el Instituto Huilense de Cultura hasta el 12 de enero de 1994. Mediante la Resolución No. 0426 del 24 de octubre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$2'936.952, suma que fue cancelada el 12 de noviembre de 1996.

Cayetano Ramón Carvajal laboró en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Huila hasta el 3 de abril de 1995. Mediante la Resolución No. 0596 del 8 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$12'477.202, suma que fue cancelada el 22 de noviembre de 1996.

Carlos Daniel Martínez Macias laboró en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Huila hasta el 3 de abril de 1995. Mediante la Resolución No. 0598 del 11 de septiembre de 1995 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$1'038.491, suma que fue cancelada el 12 de noviembre de 1996.

José Lizardo Iriarte Villaruel laboró en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Huila hasta el 28 de febrero de 1993. Mediante la Resolución No. 0455 del 5 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$4'452.991, suma que fue cancelada el 19 de noviembre de 1996.

Luis Augusto Lara Vargas laboró en la Secretaría de Hacienda del Departamento del Huila hasta el 11 de abril de 1995. Mediante la Resolución No. 300 del 26 de marzo de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$25'174.012, suma que fue cancelada el 2 de noviembre de 1996.

Gildardo Antonio Herrera Martínez laboró en la Secretaría de Fomento Agropecuario del Departamento del Huila hasta el 31 de julio de 1995. Mediante la Resolución No. 0683 del 26 de diciembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$6'708.742, suma que fue cancelada el 30 de enero de 1997.

Ancízar Bonilla Díaz laboró en la Contraloría General del Departamento del Huila hasta el 30 de julio de 1994. Mediante la Resolución No. 0441 del 25 de octubre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$3'732.811, suma que fue cancelada el 12 de noviembre de 1996.

Beatriz Bonilla Díaz laboró en la Secretaría de Hacienda del Departamento del Huila hasta el 30 de junio de 1995. Mediante la Resolución No. 0590 del 8 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$7'476.295, suma que fue cancelada el 12 de noviembre de 1996.

Gil Salas Sánchez laboró en la Secretaría de Educación del Departamento del Huila hasta el 31 de julio de 1995. Mediante la Resolución No. 0477 del 5 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$7'768.663, suma que fue cancelada el 19 de noviembre de 1996.

Marlu Tapias Serrano laboró en el Departamento del Huila hasta el 28 de febrero de 1995. Mediante la Resolución No. 0599 del 8 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$1'405.472, suma que fue cancelada el 16 de noviembre de 1996.

Luis Alfonso Albarracín Palomino laboró en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Huila hasta el 6 de abril de 1995. Mediante la Resolución No. 0512 del 5 de noviembre de 1996 se le reconoció auxilio definitivo de cesantías por valor de \$1'923.980, suma que fue cancelada el 12 de noviembre de 1996.

Considera la parte actora que por el hecho de haber transcurrido más de un año en cancelar el auxilio definitivo de cesantías, la demandada está obligada a pagar intereses moratorios y corrientes, así como la indexación de las prestaciones sociales, pues mientras la entidad obtenía un beneficio económico a los demandantes les tocaba recurrir a préstamos con tasas de interés muy altas.

Agregaron que si bien con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 244 de 1995 no existía norma que regulara la sanción moratoria no significa que las entidades estuvieran liberadas del reconocimiento de los perjuicios causados a los funcionarios que se les pagaba tardíamente sus prestaciones sociales, pues se hace necesario que el juez ejerza una labor de hermenéutica jurídica.

Como fundamento de derecho se invocaron las siguientes disposiciones:

- Constitución Política: artículos 1, 13, 25, 53 y 209
- Ley 100 de 1993: artículo 141
- Ley 6ª de 1945
- Ley 244 de 1995

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, declaró administrativamente responsable a la entidad demandada, con los argumentos que a continuación se resumen.

Examinadas las disposiciones legales que regulan las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial observó que éstas no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, ni previeron una consecuencia por no realizarse el mismo dentro de un determinado tiempo, pero sí existe el deber legal de reconocer y pagar dicha prestación a la terminación de la relación laboral.

En consideración entonces a las fechas de presentación de la petición y de reconocimiento y pago del auxilio definitivo de cesantías estimó que no había lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 244 de 1995.

Sin embargo, señaló que el retraso en el pago de dicha prestación social no tiene justificación, así se argumenten razones de orden presupuestal, pues el ex empleado no puede soportar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por lo tanto consideró que en este caso debía reconocerse una contraprestación que compensara el detrimento económico sufrido por los demandantes.

En consecuencia ordenó actualizar tales sumas desde cuando debió pagarse el auxilio de cesantías y hasta cuando efectivamente se les canceló, y sobre los valores así obtenidos aplicar nuevamente la fórmula matemática que los trajera a valores actuales.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

A folios 150 y s.s. del cuaderno principal del expediente obra el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

Compartió el criterio expuesto por el Tribunal Administrativo en el sentido de que la Ley 6ª de 1945 y los decretos 2567 de 1946 y 2767 de 1945 no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, situación que si bien vino a suplirse con la Ley 244 de 1995 no es aplicable a los demandantes porque ellos se retiraron del servicio antes del 29 de diciembre de 1995, por lo que no había lugar al reconocimiento de intereses moratorios e indexación en perjuicio de la entidad, sobre todo cuando se pagó el auxilio dentro del término previsto en la precitada ley.

Para resolver, se

### **CONSIDERA**

Se advierte en primer término que el ejercicio de las acciones consagradas en la ley no obedece a la voluntad o capricho del interesado en cada caso en particular sino que ellas tienen en el ordenamiento jurídico un fin precisamente delimitado.

En el asunto en examen, los actores mediante apoderado invocan "... la vía del proceso ordinario de reparación directa consagrado en el artículo 86 del C.C.A..." concretando las pretensiones en que se condene al Departamento del Huila - Secretaría de Hacienda - al pago de intereses moratorios e indexación, correspondiente a las cesantías por el lapso transcurrido entre la fecha del



surgimiento del derecho y el pago efectivo, y a Gildardo Antonio Herrera Martínez, el pago de un día de salario por cada día de retardo, por haberle cancelado el auxilio de cesantía por fuera del plazo señalado en la ley.

Las pretensiones de la demanda están encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de una indemnización moratoria con fundamento en la Ley 244 de 1995 y la actualización de los valores reconocidos por concepto del auxilio de cesantías, las cuales encuentran su causa eficiente en una **relación laboral** que sostuvieron con la entidad demandada.

Siendo ello así, los demandantes debieron ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), previo agotamiento de la vía gubernativa (art. 135 ibídem), pues es la que conviene de acuerdo con la ley y los intereses presuntamente lesionados, la cual no pierde su identidad porque se diga interponer la de reparación directa que obedece a otra finalidad y tiene otras características.

En esas condiciones, lo procedente es que hubiesen acudido primero ante la entidad demandada para que se pronunciara acerca de la reclamación laboral, agotando de esta forma la vía gubernativa, presupuesto indispensable para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

No puede olvidarse que la fuente jurídica de las pretensiones procesales, como en este caso, debió provenir de un acto administrativo expreso o ficto y no de un hecho, una omisión, un error judicial, una operación administrativa o de la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

Ahora bien, de observarse alguna irregularidad en la expedición de los actos que resuelven una petición, como por ejemplo una reclamación laboral, el interesado debe alegarla al interponer la acción adecuada invocando una de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del C.C.A. pues, como se anotó, siempre que el particular se vea afectado por un acto administrativo, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa, porque la única forma de restablecer el derecho presuntamente desconocido, es la declaratoria de nulidad del acto que contiene la decisión de la administración.

No obstante, es importante señalar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo señaló que, por razones de seguridad jurídica y respeto del derecho al acceso a la administración de justicia, los procesos promovidos a través de la acción de reparación directa debían continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las respectivas tesis jurisprudenciales<sup>1</sup>.

Lo anterior, en consideración a los conflictos que se venían presentando en relación con la adecuada escogencia de la acción contenciosa para reclamar sanción moratoria, casos en los cuales la Sala Plena planteó algunas soluciones a partir de las diferentes hipótesis presentadas, como en este asunto, en donde la administración reconoció el auxilio definitivo de cesantías de manera extemporánea, pero no la indemnización moratoria ni la actualización de los valores reconocidos por dicho concepto, señalando la Plenaria que la senda procesal que se ajusta a pretensiones como las que aquí se plantean sería la prevista en el artículo 85 del C.C.A. pero que por las razones anotadas debía continuarse tramitando como de reparación directa

#### **DEL CASO CONCRETO.-**

Por las razones que se exponen a continuación, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Huila.

Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la **finalidad para la cual fue creada esa prestación social**.

En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de **servir de sustento** al ex empleado público mientras se encuentra **cesante**, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable.

---

<sup>1</sup> Sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777/04, actor José Bolívar Caicedo Ruiz, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente.

Ciertamente como lo advirtió la apoderada judicial de la entidad demandada, sólo hasta el **29 de diciembre de 1995**, cuando entró en vigencia la **Ley 244**<sup>2</sup> de ese año, fue que se vinieron a concebir unos términos perentorios no sólo para atender solicitudes en ese sentido sino para constituir a la administración en mora en el pago del auxilio de cesantías, es decir, que a partir de ese momento el legislador se ocupó de manera particular de fijar unos plazos para el pago oportuno de dicha prestación social a favor de los servidores públicos, estableciendo en consecuencia una sanción pecuniaria para las entidades obligadas a su reconocimiento y pago<sup>3</sup>.

Sin embargo, la misma ley concedió un plazo máximo de un (1) año para que las entidades encargadas del desembolso de las prestaciones sociales de los servidores públicos se pusieran al día en el pago de las cesantías definitivas

---

<sup>2</sup> Publicada en el Diario Oficial No. 42.171.

<sup>3</sup> Así se dispuso en los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

**“ARTÍCULO 10.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

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

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

**ARTÍCULO 20.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

**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 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.

atrasadas, sin que hubiere lugar a que durante ese término se les aplicara la sanción prevista en el párrafo del artículo 2º, es decir, hasta el **29 de diciembre de 1996** (art. 3º ib.).

Obsérvese que la citada Ley 244 de 1995 no se hizo extensiva a situaciones causadas con anterioridad a su entrada en vigencia, como para ordenarse en esos casos el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, y no puede el juez contencioso, en contravía del ordenamiento jurídico, aplicarla oficiosamente de manera retroactiva.

Hechas esas precisiones, procederá la Sala a analizar el caso concreto y particular.

De acuerdo con las resoluciones de reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantías a favor de los demandantes, visibles a folios 29 a 63 del cuaderno principal del expediente, dicha prestación social les fue cancelada justamente **antes del 29 de diciembre de 1996**, luego la entidad demandada se encontraba relevada de reconocer indemnización moratoria alguna en los términos de la Ley 244 de 1995, por lo que las súplicas de la demanda, en ese sentido, no podían prosperar, como en efecto lo declaró el Tribunal Administrativo en su sentencia al encontrar que la obligación no sólo se había hecho exigible con anterioridad sino que ya se había satisfecho para esa fecha.

Lo anterior, no significa que las entidades públicas cuando incurran en mora en el pago de las prestaciones sociales, estuvieran liberadas del pago de los perjuicios causados a los funcionarios con dicho retardo. La ausencia de norma específica que determine su valor no impide que el juez administrativo, con un criterio de justicia social en materia laboral pueda ordenar el resarcimiento de los perjuicios irrogados.

Como el auxilio definitivo de cesantías fue reconocido y pagado años después de haberse retirado del servicio los demandantes, es claro que esa particular situación generó una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda, un deterioro de la misma, producto de la inflación que padece nuestra economía, lo cual debe ser absorbido por el llamado a satisfacer el aludido auxilio monetario, criterio afín al sostenido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de

esta Corporación, en sentencia del 28 de agosto de 1996, expediente No. S-638, actora Gloria Marina Vanegas Castro.

En principio, resultaría inequitativo e injusto para los empleados públicos que habiéndose desvinculado de la entidad, en este caso en los **años de 1993, 1994 y 1995**, no se haya efectuado el pago a pesar de haber transcurrido más de un (1) año desde cuando se causó el derecho prestacional, pues entregarles una suma nominal devaluada, años después, implicaría desde luego un enriquecimiento sin causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para aquellos.

El anterior criterio ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos. Así, en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997 la Sala Plena de esa Corporación expresó:

“(…) La Corte Constitucional en sentencia T-418 de 9 de septiembre de 1996, dejó en claro que los obligados al pago de salarios, prestaciones y pensiones deben asumir, además el cubrimiento íntegro de las sumas correspondientes a la actualización de los valores que hayan venido reteniendo a los trabajadores, desde el momento en que adquirieron el derecho al pago hasta el instante en que éste se produzca efectivamente.

Tal actualización según lo destacó la Sala Plena en Sentencia C-448 de 1996 desarrolla principios claros constitucionales, en especial el que surge del artículo 53 C.P., a cuyo tenor la remuneración debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo cual se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en los términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado.”.

En tal caso, al ordenarse el ajuste de tales valores se previene la devaluación de la moneda, con lo cual se pretende justamente que el restablecimiento represente el valor real tomando como base el momento en que se adquiere al derecho y el momento de su pago efectivo.

Finalmente, cabe aclarar, que en este caso no era viable la aplicación de la Ley 244 de 1995 para efectos de establecer el término a partir del cual se reconocería indexación, como lo hizo al a-quo, pues la mencionada ley no había entrado aún

en vigencia, debiéndose por lo tanto impartir la orden de actualización de valores desde el momento en que terminó la relación laboral.

Así entonces, resulta acertado ordenar que el valor pagado por concepto de auxilio definitivo de cesantías sea actualizado atendiendo el índice de precios al consumidor - IPC -, como en efecto lo ordenó el Tribunal Administrativo en su sentencia, modificándola en el sentido de señalar que la actualización sólo comprenderá el período que transcurrió entre el retiro de cada uno de los actores y la fecha efectiva del pago de las cesantías, atendiendo al hecho de que la Entidad cumplió con la obligación dentro del término de gracia que le concedió la Ley, lo cual no puede ser desconocido teniendo en cuenta que precisamente dicho plazo fue otorgado con el fin de que se pusiera al día con las cesantías que adeudaba a sus empleados y que el mismo se cumplió. Para el efecto basta con observar los actos de reconocimiento de cesantías para cada uno de los demandantes.

No correspondería con la definición de equidad, que finalmente es el criterio que se aplica para ordenar la actualización de las sumas liquidadas por concepto de cesantías, el condenar a la Entidad a actualizar las sumas reconocidas más allá de la fecha en que efectivamente cumplió con su obligación, cuando fue la misma Ley la que le permitió ponerse al día dentro del término en ella misma señalado.

En consecuencia, para efecto de liquidar la condena, la Entidad tomará el valor que reconoció a cada uno de los demandantes por concepto de cesantía y lo actualizará hasta la fecha en que efectivamente la canceló, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma reconocida por concepto de cesantías a los actores, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de pago efectivo de las cesantías), por el índice inicial vigente en la fecha de retiro de cada uno de los actores.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia apelada del 6 de diciembre de 2004 que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila dentro del proceso promovido por MIGUEL ANTONIO SILVA CASTRO, CONSTANTINO SILVA, JOSE FREDDY ANTIA GOMEZ, GUILLERMO GUTIERREZ PERDOMO, LUIS ALBERTO MURCIA VARGAS, CAYETANO RAMON CARVAJAL, LUIS ALFONSO ALBARRACIN PALOMINO, GIL SALAS SANCHEZ, FRANCISCO EUSTORGIO MENDOZA CABRERA, JOSE LISARDO IRIARTE VILLARRUEL, GILDARDO ANTONIO HERRERA MARTINEZ, ANCIZAR BONILLA DIAZ y BEATRIZ BONILLA DIAZ contra el Departamento del Huila.

**MODIFÍCASE** en el sentido de señalar que la actualización de las sumas reconocidas por concepto de cesantías, sólo comprenderá el período transcurrido entre el retiro de cada uno de los demandantes y la fecha en que efectivamente se les cancelaron las cesantías, de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

**Cópiese, notifíquese** y una vez **ejecutoriada** esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA    GERARDO ARENAS MONSALVE**  
**Aclaró voto**

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ**

**ACLARACION DE VOTO**

**SANCION POR MORA EN PAGO DE CESANTIAS - Procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / CESANTIAS - La sanción por mora en el pago solo procede mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado / ACCION DE REPARACION DIRECTA**

En punto a la acción judicial procedente para reclamar la sanción moratoria por no haberse pagado oportunamente las cesantías, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 27 de marzo de 2007 unificó el criterio jurisprudencial y señaló que “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.”. De igual manera, se precisó que “por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.”. Con fundamento en lo anterior considero, acogiendo el criterio unificador expresado por la Sala Plena, que en el presente caso en el que la demanda se presentó en ejercicio de la acción de reparación directa (art. 86 CCA), antes de proferirse la sentencia que unificó la tesis jurisprudencial sobre la acción procedente para reclamar la indemnización moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, lo procedente era haber continuado el trámite procesal en segunda instancia como el de acción de reparación directa, teniendo en cuenta además, que el Tribunal Administrativo del Huila mediante la sentencia recurrida, declaró administrativamente responsable a la entidad demandada. De tal manera que, al haberse surtido el trámite bajo la senda procesal de la acción de reparación directa, la competencia en segunda instancia correspondía a la Sección Tercera de la Corporación, de acuerdo con el criterio de distribución de los negocios entre las secciones por la especialidad del asunto, según el reglamento del Consejo de Estado contenido en el Acuerdo 55 de 2003. No obstante la anterior precisión, debo señalar que, a mi juicio, la definición del presente asunto por la Sala, se justifica para este caso y de manera absolutamente excepcional, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, así como el derecho de acceso a la administración de justicia y la justa protección del trabajo, principios rectores que dentro de un Estado Social de derecho comportan la resolución pronta y eficaz de los conflictos sometidos a la jurisdicción. Considero, que el fallo cuya solución final comparto en su esencia por las razones anotadas, debió enfatizar en el carácter excepcional de la tesis adoptada, dado que el criterio general que debe presidir la solución judicial de estos casos no debe ser otro que encaminar el trámite judicial por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.



**FUENTE FORMAL:** LEY 244 DE 1995 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre sanción moratoria en el pago de cesantías se cita la sentencia de Sala Plena 2777-04 M.P. Jesús M. Lemos Bustamante que unificó el criterio jurisprudencial.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**ACLARACION DE VOTO DEL DR. GERARDO ARENAS MONSALVE**

**Radicación número: 41001-23-31-000-1998-00792-01(0792-06)**

**Actor: MIGUEL ANTONIO SILVA CASTRO Y OTROS**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL HUILA**

Debo expresar, en primer lugar, que comparto la decisión de la Sala de Sección en sentencia de once (11) de marzo de dos mil diez (2010), mediante la cual se confirmó la providencia del 6 de diciembre de 2004, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso de la referencia.

Me adhiero a la tesis expresada en el fallo en el sentido de que, en el caso concreto, según las pretensiones de la demanda, encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de una indemnización moratoria con fundamento en la Ley 244 de 1995 y la actualización de los valores reconocidos por concepto del auxilio de cesantías, petición cuya causa eficiente es una relación laboral, los demandantes debieron ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA, previo agotamiento de la vía gubernativa (art. 135 ídem), y no la acción de reparación directa, cuyo objeto es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 90 de la CP).

Ciertamente, como se indica en la sentencia, lo procedente en el caso de los actores, era haber provocado el pronunciamiento de la administración frente a la

reclamación laboral por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías, y una vez producida la decisión, acudir ante esta jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad previsto en el artículo 136 del CCA.

A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto lesivo, los demandantes habrían obtenido, de una parte, la declaratoria de nulidad del acto, y de otra, el consecuente restablecimiento del derecho.

En punto a la acción judicial procedente para reclamar la sanción moratoria por no haberse pagado oportunamente las cesantías, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 27 de marzo de 2007<sup>4</sup> unificó el criterio jurisprudencial y señaló que *“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.”*

De igual manera, se precisó que *“por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.”*

Con fundamento en lo anterior considero, acogiendo el criterio unificador expresado por la Sala Plena, que en el presente caso en el que la demanda se presentó en ejercicio de la acción de reparación directa (art. 86 CCA), antes de proferirse la sentencia que unificó la tesis jurisprudencial sobre la acción procedente para reclamar la indemnización moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, lo procedente era haber continuado el trámite procesal en segunda instancia como el de acción de reparación directa, teniendo en cuenta además, que el Tribunal Administrativo del Huila mediante la sentencia recurrida, declaró administrativamente responsable a la entidad demandada.

---

<sup>4</sup> CP. Jesús María Lemos Bustamante. Expediente No. 760012331000200002513 01 No. Interno: 2777-2004 Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

De tal manera que, al haberse surtido el trámite bajo la senda procesal de la acción de reparación directa, la competencia en segunda instancia correspondía a la Sección Tercera de la Corporación, de acuerdo con el criterio de distribución de los negocios entre las secciones por la especialidad del asunto, según el reglamento del Consejo de Estado contenido en el Acuerdo 55 de 2003.

No obstante la anterior precisión, debo señalar que, a mi juicio, la definición del presente asunto por la Sala, se justifica para este caso y de manera absolutamente excepcional, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, así como el derecho de acceso a la administración de justicia y la justa protección del trabajo, principios rectores que dentro de un Estado Social de derecho comportan la resolución pronta y eficaz de los conflictos sometidos a la jurisdicción.

Considero, que el fallo cuya solución final comparto en su esencia por las razones anotadas, debió enfatizar en el carácter excepcional de la tesis adoptada, dado que el criterio general que debe presidir la solución judicial de estos casos no debe ser otro que encaminar el trámite judicial por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**