



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20171030055241-OAJ

Fecha de Radicado: 16-08-2017

Bogotá D.C.,

Doctor

GREGORIO GUTIÉRREZ TORRES

Jefe Oficina Asesora Jurídica

GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA

Calle 1 N° 06 – 05

notificaciones@laguajira.gov.co

Riohacha - Guajira

Asunto: Solicitud de concepto previo de extensión de jurisprudencia radicado ANDJE N°20178001240482.

Respetado doctor Gutiérrez,

De conformidad con los artículos 614 del Código General del Proceso y 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 26 mayo de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"*, procede la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante ANDJE) a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión de la petición de extensión de jurisprudencia formulada ante su Despacho por [REDACTED] en la que solicita extender los efectos de la sentencia con número de radicado 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957) del 4 de mayo de 2011, de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Con fundamento en dicha decisión, el peticionario solicitó a la Gobernación de la Guajira, la extensión de los efectos de la sentencia invocada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, así como al pago de sanción moratoria. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que mediante acto administrativo motivado se ordenara el reconocimiento de la sanción moratoria y que la misma sea liquidada desde la presentación de la petición del 27 de mayo de 2004 hasta el día del pago efectivo con la correspondiente indexación.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co

Página 1 de 18



Precisado el propósito del peticionario con su solicitud de extensión de jurisprudencia, para emitir el concepto previo requerido, debe la Agencia verificar si la citada providencia corresponde al concepto de sentencia de unificación, como lo exige el artículo 102 del CPACA y conforme con las modalidades de sentencias de unificación jurisprudencial que contempla el artículo 270 del mismo Código, previa una breve exposición de sus argumentos esenciales.

Es necesario señalar desde ya que de acuerdo con el parágrafo del Artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 26 mayo de 2015 *"La valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

1) Principales consideraciones de la sentencia del 4 de mayo de 2011 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, proceso con radicado No. 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957) Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

En esta oportunidad la Sala Plena de la Sección Tercera, decidió el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia emitida por la Sala de Descongestión el Tribunal Contencioso Administrativo, Sede Cali, proferida el 24 de noviembre de 2000, dentro de un proceso de reparación directa, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda, declarando administrativamente responsable al Departamento del Cauca - La Caja de Previsión Social "CAPRECAUCA" por la mora causada en el pago de las cesantías del demandante, y por esta razón las condenó a pagar un día de salario por cada día de retraso en el pago, desde el día 46 siguiente al 10 de julio de 1997 y hasta el 14 de abril de 1999, fecha en la cual se efectuó el pago de la obligación.

En relación con las pretensiones señaló el *Ad quem* que el accionante formuló la acción de reparación directa contra las citadas entidades, en procura de que se les declarara patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios que sufrió por el pago tardío de las cesantías reconocidas de manera extemporánea mediante Resolución No. 4859 del 26 de octubre de 1998, proferida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Departamento del Cauca y por la Administradora del Fondo de Pensiones Territorial. Como consecuencia de lo anterior solicitó el demandante el pago de los perjuicios materiales así, "...los

**Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia :
Carrera 7 # 75- 66**

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



perjuicios materiales que resulten, en pesos colombianos, de la liquidación de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se haga efectivo el pago de su cesantía definitiva, en los términos establecidos en el parágrafo único del artículo segundo de la Ley 244 de 1995...”

Da cuenta la sentencia en comento en relación con los hechos de la demanda, que el accionante había laborado al servicio del Departamento del Cauca en varias legislaturas ordinarias y extraordinarias de la Asamblea Departamental y había recibido como último sueldo mensual el valor de \$4.801.352. Adicionó que en el mes de julio de 1997 (sin fecha exacta), el actor había solicitado a la Caja de Previsión Social del Departamento del Cauca, entidad a la que se encontraba afiliado, el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, sin que ésta proferiera la resolución correspondiente en los plazos consagrados en la Ley 244 de 1995.

Continuó narrando la Sala que previo fallo de tutela, que ordenó proferir resolución de reconocimiento de la prestación, mediante Resolución No. 4303 del 7 de septiembre de 1998, el Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías del Departamento del Cauca, negó el reconocimiento de las cesantías definitivas, razón por la cual el demandante formuló recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la citada resolución logrando así que repusieran la providencia recurrida mediante Resolución No. 4859 del 26 de octubre de 1998 por la cual le reconocieron la suma de \$24.006.760, previo descuento de \$16.917.964 pagados anticipadamente por cesantías parciales; así mismo se dispuso el pago del saldo por un valor de \$7.088.896, por concepto de la referida prestación.

Citó la Sala la manifestación del líbello en relación con el agotamiento de la vía gubernativa, dado que la Resolución No. 4303 de 1998 se encontraba ejecutoriada y definido lo anterior el demandante acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de la acción de reparación directa con el fin de obtener la reparación del daño por tratarse de un incumplimiento y una omisión en una operación administrativa, dado que transcurrieron más de 16 meses desde que el actor había solicitado el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, sin que hasta la fecha de la demanda se hubiera efectuado el pago correspondiente, en contravía con lo señalado en la Ley 244 de 1995.

Respecto de las pretensiones de la demanda el Departamento del Cauca presentó oposición, y manifestó que si bien era cierto que en el mes de julio de 1997 (sin fecha exacta) el actor había radicado ante la Caja de Previsión Social del Departamento, la solicitud de reconocimiento de sus cesantías definitivas, las mismas habían sido reconocidas y pagadas a través de la Resolución No.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



4859 del 26 de octubre de 1998, justificando la tardanza en la difícil situación económica de CAPRECAUCA y del Departamento del Cauca, que a la postre ocasionó la supresión y liquidación de la Caja mediante la Ordenanza No. 007 de 1998. Añadió la demandada que finalmente el 16 de abril se pagaron las cesantías al demandante.

Respecto de la sentencia en estudio en la alzada, resaltó la sala que el Tribunal había considerado que la vía procesal adecuada para solicitar la reparación del daño causado al actor era la acción de reparación directa, de conformidad con el fallo del Consejo de Estado de 26 de febrero de 1998, expediente 10.813, en el que se determinó que ésta era la acción indicada *"para elevar el reclamo de las indemnizaciones por falla del servicio, causada por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones laborales"*. Así mismo trajo a colación lo manifestado respecto de la justificación para el no pago oportuno de la prestación en estudio, para concluir que no eran de recibo las razones de tipo presupuestal aducidas, y por esta razón se había condenado a la moratoria a partir del día 46 siguiente al 1º de julio de 1997 y hasta el 16 de abril de 1999, fecha en la cual se había efectuado el pago de la obligación.

En la apelación, el Departamento del Cauca solicitó que se revocara la sentencia proferida por el *A quo* y que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda, reiterando que el no pago oportuno de las cesantías definitivas al actor, había obedecido a causas justificadas debido a la situación financiera que había generado un gran pasivo laboral; añadió su inconformidad con la liquidación de la sanción moratoria, dado que no se realizó en los términos previstos en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

Refirió igualmente la Sala que encontrándose el proceso para dictar sentencia, el señor Consejero Mauricio Fajardo Gómez, se declaró impedido para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, por tener pleito pendiente en el que se controvertía la misma situación jurídica que en el asunto en estudio, le correspondía a la Sala decidir.

Dilucidado lo anterior procedió la Sala a resolver de fondo el recurso de apelación, no sin antes señalar sobre la idoneidad de la acción que, al interior de la Corporación se habían presentado discrepancias respecto de la acción procedente para demandar el pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado oportunamente las cesantías. Para efectos de resolver sobre lo anterior trajo a colación lo dispuesto en fallo de unificación por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. IJ 2000-2513, que sobre las posiciones disímiles de la

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



jurisdicción sobre el mismo punto, transcribió las diferentes decisiones de la corporación, bajo el siguiente tenor:

"Precedentes jurisprudenciales de la Sección Tercera

En sentencia de 17 de julio de 1997, radicación No.11.376, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, se dictó fallo inhibitorio porque el daño a reparar se originó en el acto administrativo por el cual se reconoció el auxilio de cesantía y, por tanto, la acción indicada no podía ser la de reparación directa pues si el daño se produce en razón de un acto debe impetrarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Si se trata de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en actos administrativos o títulos expedidos por la administración, la acción procedente es la ejecutiva.

Posteriormente, en sentencia de 26 de febrero de 1998, radicación No.10.813, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, la Sala modificó la posición anterior al considerar que, tratándose de la ejecución material del acto que contiene la orden de pagar el auxilio de cesantía cuando el pago se produce en forma tardía ocasionando un perjuicio al beneficiario, la fuente del daño es la operación administrativa y, por tanto, no es necesario provocar que la administración se pronuncie al respecto pues cuando la causa de la petición es una operación administrativa "la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño". El Estado incurre en falla del servicio por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y surge para éste el deber de indemnizar al afectado. En consecuencia la vía procesal adecuada es la acción de reparación directa. En esta providencia el Consejero Daniel Suárez Hernández salvó el voto porque el cumplimiento de los actos administrativos por los cuales se reconocen derechos patrimoniales no puede ser enjuiciado ante el contencioso administrativo por la vía de la reparación directa por tratarse de actos de simple cumplimiento y conformar un título ejecutivo por contener una obligación clara, expresa y exigible que, en consecuencia, debe ventilarse "por las normas del proceso ejecutivo".

En auto de 27 de septiembre de 2001, radicación No.19300, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, se modificó el criterio mayoritario al considerar que, como según el texto de la Ley 244 de 1995 "basta acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.", la acción procedente para reclamar la sanción moratoria es la acción ejecutiva porque la sanción se causa automáticamente sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del deudor y se podría ejercer con el acto de liquidación de las cesantías, a efectos de reclamar la sanción moratoria causada desde la fecha de su expedición hasta la del pago efectivo de la obligación. Esto es, la acción de reparación directa no es

**Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66**

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

2



viaable para reclamar en forma independiente el pago de unas sumas cuyo reclamo se omitió por las vías conducentes.

En auto de 3 de agosto de 2000, radicación No.18.392, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se confirmó la inadmisión de la demanda pues se pretendió, por la vía de la acción de reparación directa, declarar responsable al Estado por no haber pagado unas prestaciones sociales que no habían sido reconocidas. Se señaló: "Distinto sería si la demanda refiriera que el Estado pagó tardíamente prestaciones reconocidas y que por el retardo se le causó un daño antijurídico y, en consecuencia, pidiera indemnización."

En auto de 27 de febrero de 2003, radicación No.23.739, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se admitió la demanda de reparación directa porque se demandaron las omisiones consistentes en el retardo y en la falta de pago, es decir, lo cuestionado era el incumplimiento administrativo y no la legalidad del acto que reconoció el derecho. En consecuencia, la acción de reparación directa es la adecuada porque se demandan unas omisiones administrativas."

En sentencia de 2 de junio de 2005, radicación No. AG 2382, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se declaró responsable a la Administración, en el marco de una acción de grupo, por la tardanza en el pago de unas mesadas pensionales, por cuanto la demostración de la tardanza en el pago puso en evidencia el daño material ocasionado a los pensionados, lo que, de paso, quebranta la Constitución, artículo 53, inciso 3, conforme al cual "El Estado garantiza el derecho al pago oportuno." de las pensiones legales. "

Precedentes Jurisprudenciales de la Sección Segunda

En sentencia de 21 de marzo de 2002, radicación No.1124-2000, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, se señaló que si bien, en principio, la sanción moratoria a que se refiere la Ley 244 de 1995, artículo 2, exige la existencia de un acto administrativo que reconozca la prestación, tal circunstancia abriría la posibilidad de que las entidades se escuden en ella para evitar la condena por sanción moratoria. Empero, de la exposición de motivos de dicha ley se infiere que al establecer la sanción se busca una respuesta rápida, imparcial y efectiva a las peticiones de pago de las cesantías respecto de las cuales el derecho no esté en discusión; es decir, esta sanción es aplicable cuando el derecho no esté en litigio porque lo que se sanciona es la negligencia de la entidad en efectuar los trámites tendientes a la satisfacción de la obligación. Así, cuando la entidad argumenta la inexistencia del derecho y deja a disposición del administrado la vía judicial no parece coherente que se le impute mora en el pago.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



En sentencia de 12 de diciembre de 2002, radicación No.1604-2001, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, se indicó que para determinar cuándo la administración incurrió en mora deben contarse sesenta días hábiles, más el término de ejecutoria de la resolución que se hubiere dictado, desde la fecha en que debió efectuarse el reconocimiento de la prestación. Los sesenta días se desagregan de la siguiente manera, quince que corresponden al término que tiene la entidad para expedir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas y cuarenta y cinco que corresponden al término para el pago o desembolso de la suma de que se trate, según lo previsto por los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

En sentencia de 3 de abril de 2003, radicación No.0881-02, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero, también se abordó el fondo el asunto debatido y se denegó la solicitud de la indemnización moratoria porque para su causación se requiere que hayan transcurrido 45 días desde la fecha en que haya quedado en firme el acto de liquidación de las cesantías definitivas y como en el expediente no obra copia de dicho acto no se dan los presupuestos de hecho señalados por la norma para que proceda el reconocimiento de la sanción."

En sentencia de 31 de julio de 2003, radicación No.4873-2002, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, la Subsección "B" de la Sección Segunda de esta Corporación acogió la tesis de la acción ejecutiva y se declaró inhibida para conocer una reclamación de indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de unas cesantías definitivas y remitió el expediente, para lo de su cargo, al Juez Laboral del Circuito, Oficina de Reparto, Palmira."

En sentencia de 19 de febrero de 2004, radicación No.1846-2003, Consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante, se sostuvo que el pago de las cesantías definitivas debe adelantarse ante el Juez Laboral del Circuito y se negó el pago de la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de la cesantía definitiva al considerar que debe existir una petición previa a la administración en ese sentido."

Al respecto justificó la Sala, que los cambios de criterio de la corporación, obedecían al afán de proteger al empleado cesante perjudicado por el retardo en el pago de sus cesantías definitivas, precisándose en la sentencia en estudio que ante la disparidad existente debía indicarse cuáles acciones y en qué eventos debían utilizarse, para que el administrado tuviera la certeza de que estaba invocando la acción adecuada a los fines perseguidos.

Añadió el *Ad quem* que en la sentencia traída a colación, se concluyó que cuando no hubiere controversia sobre el derecho, dado que existía resolución de

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



reconocimiento, así como el pago tardío de la prestación, en principio, el interesado podía acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva, por cuanto que tenía un título ejecutivo complejo de carácter laboral.

Precisó además la Sala que en la sentencia en cita, el Pleno de la Corporación había advertido en su momento que en estos casos, el interesado debía provocar el pronunciamiento de la administración y así obtener el acto administrativo constitutivo del título ejecutivo para recurrir ante la Jurisdicción Laboral, no así ante los jueces administrativos. Lo anterior dado que a estos últimos sólo les otorgó competencia para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por su jurisdicción, de acuerdo con el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42; mientras que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, radicó la competencia general para *"la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad."* a la jurisdicción laboral ordinaria.

No obstante el anterior criterio, y teniendo claro que la acción de reparación directa es improcedente en estos casos, la Sala señaló lo manifestado en la sentencia en comento, referido a que en atención a que en ocasiones anteriores se había acudido ante esa jurisdicción mediante la acción de reparación directa, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos incoados a través de este tipo de acción, que no requieren agotamiento de la vía gubernativa, debían continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes, en donde se precisó de manera expresa que la citada sentencia a partir de su ejecutoria debía ser criterio jurisprudencial.

En este sentido la Sala acogió la tesis fijada por la jurisprudencia referida, para garantizar tres valores esenciales a todo Estado de Derecho: (i) la seguridad jurídica; (ii) la garantía de la igualdad y (iii) la unidad del Derecho, en concordancia con el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia dispuesto en los artículos 229 superior y 2º LEAJ, relacionado con el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia.

Como sustento de lo anterior la Sala citó normas de Derecho Internacional, como el artículo 8º numeral 1º y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en donde según la interpretación que se ha hecho por la Comisión Interamericana, reconoce el derecho al acceso a la justicia, como implícito en el derecho a ser oído, dentro de las garantías judiciales y como base

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



de protección de los derechos humanos. Adicionalmente, invocó el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones que señala que *"Toda persona tiene derecho a un **recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes**, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley"* (Resaltado por la Sala).

Al respecto finalmente la Corporación hizo referencia al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en nuestro país por la Ley 16 de 1972, en la que se estableció en el numeral 1º que *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"*.

Bajo esta perspectiva de análisis la Sala determinó que la jurisprudencia constitucional había señalado que el acceso a la administración de justicia debía ser efectivo¹, por esta razón no había dudado en reconocerle su carácter de derecho fundamental², a partir de lo dispuesto por el preámbulo y los artículos 2, 29, 228 y 229 de la Constitución Política.

Adujo la Sala que si bien autores hacían la distinción entre la acción del derecho material subjetivo y de la pretensión, lo cierto era que no podía concebirse la defensa o garantía judicial de cualquier derecho sin la acción respectiva. Por lo anterior cuando el usuario de la administración de justicia, al presentar una demanda se basa en una jurisprudencia que determina como hacer efectivos sus derechos, y en el transcurso se cambia su criterio, cerrando la posibilidad de acudir a la jurisdicción, no resultaba admisible esta negación del derecho fundamental.

A continuación precisó la Sección que cuando quiera que un órgano de cierre fija en determinado momento un criterio jurisprudencial sobre la acción idónea para demandar un derecho, luego de radicada la demanda no es razonable que debido a un cambio de criterio se obstaculice el ejercicio del derecho a acceder a la justicia. En este sentido afirmó que ese derecho no se agota con la sola

¹ Corte Constitucional, sentencia C 037 de 1996.

² Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-006 de 1992; C-543 de 1992; C-544 de 1992; T-554 de 1992; C-572 de 1992; T-597 de 1992; C-599 de 1992; C-093/93; T-173 de 1993; T-320 de 1993; C-544-93; T-416 de 1994; T-067 de 1995; C-084 de 1995; T-190 de 1995; C-037 de 1996; T-268 de 1996; T-502-97; C-071-99; C-742-99; T-163/99, SU-091/00; C-1195 de 2001.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



proclamación normativa o nominal, sino que exige un mínimo de certidumbre en la manera como los jueces interpretan las acciones previstas al efecto, y no es dable que ulteriores cambios en ese punto tengan por qué menguar su alcance.

En línea con lo anterior dilucidó la Sección que la certeza o seguridad jurídicas no sólo pendían de la coherencia del ordenamiento positivo, sino que también estaban subordinadas a la aplicación uniforme de las normas que hagan los tribunales judiciales, y bajo esta perspectiva había de interpretarse la siguiente cita de la Corte Constitucional:

*"El acceso a la Administración de Justicia es un derecho fundamental cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar a los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados. **Su núcleo esencial reside en las certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con objetividad y la suficiencia probatoria que asegure un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión**"*³ (Resaltó la Sala).

En línea con lo anterior manifestó la Sala que no debía perderse de vista que tal como lo reconoce la jurisprudencia constitucional, existe una conexión inescindible con el derecho a la igualdad, pues el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso.

Descendiendo al caso en estudio acotó la Sala que, la inobservancia del criterio sentado por la Sala Plena no sólo conllevaría a la vulneración simultánea de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de igualdad de trato, también acarrearía una decisión inhibitoria al estimarse que la acción idónea no era la de reparación directa, dejando sin posibilidad al accionante de recurrir a la justicia ordinaria laboral, casi trece años después de que se interpusiera la demanda de reparación directa.

De acuerdo con análisis en precedencia, determinó la Sección que en el sub lite, el actor utilizó la acción de reparación directa, acatando la tesis jurisprudencial vigente en ese momento, conforme a la cual *"la orden de pagar una prestación social como la cesantía, es un acto de la administración que realiza una norma legal que modifica por tanto el ordenamiento jurídico; pero, la actuación material*

³ Corte Constitucional, sentencia C-081 de 1995.



consistente en la ejecución de ese acto, es una operación administrativa y si ésta se produce en forma tardía y de ello se deriva un perjuicio al beneficiario del derecho, se concluye que la fuente de producción del daño no es entonces el acto, sino la operación".

Analizó la Sala que de conformidad con esta tesis, en la demanda se solicitó el pago de la indemnización moratoria adeudada al actor derivada del retardo en el reconocimiento y pago de sus cesantías; lo anterior en aplicación de la jurisprudencia vigente en 1998 cuando se presentó la demanda, y por ello la acción escogida, esto es, la de reparación directa, debía interpretarse como idónea de acuerdo con la Constitución y los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de igualdad, dado que los cambios jurisprudenciales no pueden afectar el derecho de acceso a la justicia.

En relación con la responsabilidad de la demandada, la Sala discurrió señalando los siguientes elementos centrales de la condena:

- El daño que se imputa a la demandada

De acuerdo con el acervo probatorio arrojado al expediente quedó demostrado en el proceso, el incumplimiento en el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías definitivas a favor del señor Medardo Torres Becerra por parte de las demandadas, lo cual le causó daños materiales.

- El daño es imputable a la entidad demandada.

Es obligación de las entidades estatales en su calidad de patronos, el pago oportuno de las cesantías, so pena de incurrir en la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de mora en el pago, dado que conforme con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 244 de 1995⁴, vigente para el momento de los hechos, el plazo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas era de 15 días hábiles desde el momento de presentación de la solicitud por parte del servidor público, so pena de que se cause la indemnización establecida en el artículo 2º *ibídem* por el no pago oportuno de la prestación, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del vencimiento de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución que las reconoció, dentro de la oportunidad legal.

De acuerdo con el recaudo probatorio determinó la Sala que en el caso sub examine existió mora injustificada en el pago de la prestación, pues el mismo

⁴ Modificada por la Ley 1071 de 2006.



se efectuó después de los 45 días de la ejecutoria de la resolución que la reconoció.

Respecto de la duda sobre la presentación de la solicitud de liquidación por el actor ante la entidad de previsión, precisó la Sala, que tal y como lo evidenció el Ministerio Público en el concepto rendido en esa instancia, en el proceso no obraba prueba que permitiera determinar la fecha exacta, como tampoco se encontró el fundamento que tuvo el Tribunal para tener por tal el 10 de julio de 1997, por lo anterior en aplicación del principio *in dubio pro damnato* y para efectos de determinar el momento a partir del cual se empezó a causar la sanción moratoria, la Sala acogió como fecha de presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas por parte del actor, el 1º de julio de 1997, con base en las afirmaciones del demandante y de la entidad demandada, que ese hecho sucedió en el mes de julio de 1997 sin que se precisara el día; además como una sanción a la entidad en cabeza de quien estaba el deber de fechar el comprobante de radicación de la referida solicitud, que comportaba la contabilización de unos plazos fijados en la ley, cuyo desconocimiento significaba consecuencias jurídicas y económicas.

- La indemnización del perjuicio

Al respecto la Sala determinó que se habían causado perjuicios materiales, por la mora en el pago de las cesantías definitivas al actor, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 244 de 1995 y en la sentencia de la Sala Plena de esa Corporación, de 27 de marzo de 2007, Exp. IJ 2000-2513 en la que se dispuso:

"Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria."

Bajo este razonamiento determinó la Sala que, el 2 de octubre de 1997 era la fecha a partir de la cual se había causado la sanción moratoria a cargo de la entidad demandada y hasta el 16 de abril de 1999, día en el que se había

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



efectuado el pago de las cesantías definitivas al señor Medardo Torres Becerra; así mismo estableció que se tendría en cuenta el salario mensual devengado por el actor, que de acuerdo con en la Resolución No. 4859 de 26 de octubre de 1998, era de \$4.801.352, suma que dividió entre 30 días el mes, y que arrojó un salario diario de \$160.045.

Adicionalmente tuvo en cuenta que los perjuicios materiales se indemnizarían teniendo en cuenta el valor de un día de salario percibido por el actor al momento de la ocurrencia de los hechos, suma que se ordenó indexar de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor, para un total de ciento ochenta y cinco millones ochocientos ochenta mil trescientos cincuenta y siete pesos (\$185.880.357) a favor de del señor Medardo Torees Becerra, por concepto de indemnización por la mora en el pago de las cesantías definitivas.

Como aspecto final la Sala aceptó el impedimento manifestado por el señor Consejero Mauricio Fajardo Gómez, por considerar que se configuraba la causal contemplada en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas la sala resolvió modificar la sentencia recurrida y en su lugar declarar patrimonialmente responsable al DEPARTAMENTO DEL CAUCA-CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL "CAPRECAUCA" por el daño sufrido por el señor Medardo Torres Becerra, y como consecuencia de lo anterior condenar a la citada entidad a pagar por perjuicios materiales reclamados.

2. Valoración del carácter de unificación de la sentencia invocada.

Los artículos 10º y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), establecen el deber de las autoridades públicas de aplicar de manera uniforme las normas, así como extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el artículo 270 ibídem, establece como sentencias de unificación jurisprudencial:

"(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009". (Destacado fuera de texto).

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



En desarrollo de lo dispuesto en precedencia, es preciso recordar que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y 271 del CPACA, las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, son las que pertenecen a las siguientes categorías:

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia.
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.
- c) Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996.

En relación con las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del CPACA prevé que autoridad las puede proferir:

- a) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.
- b) Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia observa que la sentencia invocada en la solicitud bajo examen, que fue emitida el del 4 de mayo de 2011 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, proceso con radicado No. 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957) Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio, si bien fue proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no corresponde a ninguna de las clases de sentencias indicadas en el artículo 270 del CPACA.

En efecto, la sentencia invocada por el peticionario en este caso, no decidió un recurso extraordinario, ni la revisión eventual en una acción popular o de grupo; tampoco pertenece al primer grupo de sentencias mencionadas en la norma transcrita, toda vez que el artículo 271 del CPACA autoriza a descartarla como sentencia de unificación, tal como se pasa a explicar a continuación.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que las sentencias de unificación proferidas "por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



necesidad de unificar o sentar jurisprudencia" que relaciona el artículo 270 de dicho Código, requieren de un procedimiento especial, definido en el artículo 271 *ibídem*, que para el caso en estudio, no observó la Sección Tercera de dicha Corporación al proferir la sentencia del 4 de mayo de 2011, pues para la fecha de su expedición dicho procedimiento aún no había empezado a regir.

Es así como dispone el artículo 271 del Código bajo análisis, que corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferir este tipo especial de sentencias, para lo cual deberá bien, la Sala Plena de esta Corporación o bien, alguna de sus Secciones, asumir conocimiento del asunto que se encuentre pendiente de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de la Secciones o Subsecciones o de los Tribunales, según corresponda, o a petición del Ministerio Público.

De esta manera, tal como lo dispone el artículo en comento, se concluye que para proferir esta tipología especial de sentencias debe mediar una decisión expresa de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de asumir el conocimiento de un asunto pendiente de fallo "por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia", que provenga en el caso de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de las Secciones del Consejo de Estado y en el caso de las Secciones, provenga de las subsecciones o Tribunales Administrativos.

En línea con lo expresado, resulta pertinente señalar que en auto del 1º de febrero de 2013 de la Sección Cuarta del Consejo de estado, se precisó que la competencia de las Secciones del Consejo de Estado, para proferir dichas sentencias de unificación nació a la vida jurídica a partir de la expedición y entrada en vigencia del CPACA⁵, para efectos del mecanismo de extensión de jurisprudencia que creó el mismo Código, en su artículo 102.

Conviene conocer el texto exacto de este argumento:

"En efecto, si bien dichas sentencias fueron proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, una de las secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ninguna de ellas tuvo como objeto, unificar la jurisprudencia de los Tribunales, pues para ello debe adelantarse el procedimiento previsto en el artículo 271 íb., el cual no existía para la época en que se expidieron dichas sentencias y que tiene precisamente como objeto que la Sección se pronuncie con

⁵ Según el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, empezó a regir el dos (2) de julio de 2012.



la finalidad expresa de constituirse en unificadoras de jurisprudencia o de tener carácter de una decisión de importancia jurídica o de trascendencia económica, respecto de asuntos de los Tribunales". (Destacado fuera del Texto)

Atendiendo la providencia citada, la modalidad de sentencias de unificación referidas "por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia" que relaciona el artículo 270 de dicho Código, requiere de un procedimiento especial tanto en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como en las Secciones del Consejo de Estado, definido en el artículo 271 *ibídem*, que para el caso no siguió la Sección Tercera de dicha Corporación al proferir la sentencia del 4 de mayo de 2011 bajo análisis, pues antes de la expedición y entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dicho procedimiento no existía.

Conforme con lo anterior, una vez analizada la sentencia del 4 de mayo de 2011, que se invocó en el presente caso, se encuentra que ésta fue proferida para decidir una segunda instancia de un proceso de acción de reparación directa proveniente del Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, sin que se le agotara el trámite dirigido a otorgarle propiamente la condición de sentencia de unificación en los términos del artículo 271 *ibídem*, toda vez que dicho procedimiento no había entrado en vigencia, así como tampoco la Sección manifestó que la proferiera con la finalidad de unificar o sentar jurisprudencia.

En torno a este punto, cabe advertir igualmente que la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2012 consideró que las "(...) sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, **es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia.** Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado". (Destacado fuera de texto)

En el mismo sentido, cabe señalar que la Sección Tercera, Subsección C, en auto del 4 de abril de 2013, precisó que el mecanismo de extensión de jurisprudencia

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



"(...) tiene como eje de aplicación, una categoría especial de jurisprudencia: la llamada Sentencia de Unificación, que viene definida y caracterizada en el artículo 270 del CPACA. Por consiguiente, será esa tipología de sentencia la correspondiente a aplicar a los distintos asuntos puestos a consideración de las autoridades." (Destacado fuera de texto)

De acuerdo a la argumentación expuesta, la Agencia encuentra que la sentencia del 4 de mayo de 2011, con número de radicación 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957) no corresponde a una sentencia de unificación jurisprudencial, pues no se enmarca en ninguna de las categorías de sentencias previstas en el artículo 270 del CPACA, norma a la cual debe acudir la Administración para efectos de establecer cuales sentencias se consideran de unificación jurisprudencial.

3. Consideraciones adicionales

Al margen de lo anterior, la Agencia pudo advertir que dentro de la sentencia invocada para extensión de sus efectos, la Sección Tercera, tuvo en cuenta como antecedente jurisprudencial para aplicar al caso concreto, el criterio señalado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contenido en la sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente IJ 2000-2513, que según se manifestó fue dictada con fines de unificación en relación con el acceso a la administración de justicia en un asunto muy puntual, esto es, para quienes hubieren incoado acciones de reparación directa para el cobro de intereses de mora por el no pago oportuno de las cesantías, en vigencia de la jurisprudencia que en el pasado así lo establecía, quienes debían continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a esas tesis; no obstante al respecto huelga precisar que en la misma sentencia que se invoca con fines de extensión se afirma que en la actualidad esta acción resulta improcedente.

De otra parte y atendiendo lo informado dentro de la solicitud, en relación con el proceso que cursó ante el juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Riohacha, sobre el reconocimiento del auxilio de cesantía al accionante, es necesario advertir que la entidad deberá tener en cuenta además de lo ya expresado, que el asunto en estudio puede encontrarse incurso en la figura de la cosa juzgada, si las pretensiones invocadas en la solicitud de extensión de jurisprudencia en trámite, ya fueron estudiadas y definidas por el juez natural, esto es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde actuaron las mismas partes, circunstancia que produce efectos procesales como lo es la inmutabilidad de la decisión; así como unos efectos sustanciales pues ya se precisó por parte de la jurisdicción la relación jurídica objeto del litigio y que

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



ahora se pretende volver a ventilar; obrar en contrario sería desquiciar el ordenamiento jurídico.

De otra parte, es del caso precisar que la Agencia emite el concepto previo según las competencias fijadas en el artículo 614 del Código General del Proceso y los artículos 2.2.3.2.1.5 y siguientes del Decreto Único 1069 de 2015, con el objeto de verificar si la citada providencia responde o no al concepto de sentencia de unificación jurisprudencial, conforme al artículo 102 del CPACA y a las modalidades de sentencias de unificación que contempla el artículo 270 del mismo Código, pero no tiene competencia para indicarle a las entidades si se debe o no extender los efectos de la sentencia invocada.

4. Conclusión y concepto previo de la Agencia.

Hecho el análisis anterior, la Agencia encuentra que la sentencia invocada por el accionante con número de radicado con número de radicación 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957) del 4 de mayo de 2011, proferida por la Sección Tercera no corresponde a una sentencia de unificación jurisprudencial capaz de activar el mecanismo de extensión de jurisprudencia, en atención a lo preceptuado por los artículos 270 y 271 del CPACA.

De igual modo, reitera la Agencia que como lo establece el párrafo del Artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 26 mayo de 2015 le corresponderá a la Gobernación de la Guajira, en su condición de autoridad administrativa competente en el presente caso, valorar las pruebas y verificar los supuestos de hecho del mismo

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del párrafo del artículo 2.2.3.2.1.7. del Decreto 1069 del 2015, es decir, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

FRIDCY ALEXANDRA FAURA PÉREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Denny Rodríguez Espitia
Revisó: Juan José Gómez Urueña

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co