

1a-ACCIONES PROCEDENTES RESPECTO DE LA INDEMNIZACION MORATORIA POR FALTA DE PAGO OPORTUNO DE LAS CESANTIAS DEFINITIVAS.LA ACCION DE REPARACION DIRECTA ES IMPROCEDENCIA PARA OBTENER EL PAGO DE LA SANCION MORATORIA

Conforme al texto de la Ley 244 de 1995, se presentan varias hipótesis, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, respecto de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, frente a las cuales opera las siguientes acciones: **1)** El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. **2)** Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía. **3)** El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva. **4)** Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, debe acudir ante esta jurisdicción para que defina el tema. Finalmente, en atención a que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, instrumento que ahora se considera improcedente, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación.

1b-CONTEO DEL TERMINO PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTIAS DEFINITVAS

El recurrente argumenta que la entidad tomó como fecha para iniciar el cómputo de la mora el 30 de agosto de 1999 porque en esa fecha se presentó la solicitud de reliquidación, y no el 9 de junio de 1998 que, en su opinión, debió ser el punto de partida para contabilizar la indemnización moratoria, toda vez que en tal fecha presentó la solicitud de reliquidación. La Sala desestimaré el argumento del apelante porque el artículo 2, inciso 1, de la Ley 244 de 1995 dice que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordenó la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para pagar esa prestación social y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. Como la Resolución UTH-1440, que ordenó incrementar el valor de las cesantías definitivas en \$1'831.630.00, fue expedida el 23 de octubre de 1998 y notificada el 5 de noviembre de 1998, oportunidad en que se le hizo saber al actor que tenía cinco (5) días para interponer contra la misma los recursos de reposición y apelación, que no interpuso, la administración computó adecuadamente la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías cuando señaló, en la motivación de la Resolución UTH-2054 del 28 de octubre de 1999, que la fecha límite que tuvo la entidad para realizar el pago, sin incurrir en mora, fue el 21 de enero de 1999, a partir de la cual debe computarse la indemnización moratoria.

1c-CONTEO DEL TERMINO PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACION MORATORIA CUANDO LA ADMINISTRACION RESUELVE TARDIAMENTE LA PETICION DE LIQUIDACION DE CESANTIAS

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. Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción.

Sentencia del 27 de marzo de 2007, Exp No 2000-2513 (2777-04) con aclaración de voto de Camilo Arciniegas Andrade, Enrique de Jesús Gil Botero, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Juan Angel Palacio Hincapié y Ramiro Saavedra Becerra.

2-EL PAGO DE VALORIZACIÓN NO DEPENDE DE CÓMO SE PACTO PAGO DE OBRA PÚBLICA. LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN SE PUEDE ESTABLECER POR FUERA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

En criterio de la Sala les asiste razón a los recurrentes porque el pago de la valorización no puede depender de la manera como se pactó el pago de la obra al concesionario. Como quedó dicho, es la ley la que faculta a la administración para decretar las obras sobre las que puede imponerse la contribución de valorización. La valorización recae sobre el inmueble por el beneficio que recibe en virtud de la obra mientras el contrato de concesión se relaciona solamente con la forma como el Estado, en virtud del convenio, recuperará la inversión. No puede aceptarse que en los casos de construcción de obras públicas por concesión no hay inversión por parte del Estado porque cuando el Estado pacta la forma de pago renuncia al recaudo que le corresponde y en consecuencia deja de percibir unos ingresos. Vale decir, en el contrato de concesión se pacta el pago al contratista, la remuneración del concesionario, la financiación de la obra, mientras la contribución de valorización obedece al mayor valor que adquiere el predio por la construcción de la obra. La finalidad de la valorización es, además de recobrar el dinero invertido en una obra, cobrar el beneficio recibido por el predio en virtud de

ella. Planteado así el problema es perfectamente admisible concluir que se puede establecer, contrariamente a lo afirmado por la sentencia suplicada, la contribución de valorización por fuera del contrato de concesión.

Sentencia de 11 de diciembre de 2001, Exp No S-028. Con Salvamento de Voto de Alberto Arango Mantilla, Reinaldo Chavarro Buritica, Roberto Medina Lopez, Alejandro Ordoñez Maldonado, Nicolás Pájaro Peñaranda, Dario Quiñones Pinilla y German Rodriguez Villamizar. Aclaración de Voto de Tarsicio Cáceres Toro

3-SUSTITUCION DE LA ASIGNACION DE RETIRO A HERMANA INVALIDA EN APLICACIÓN DEL REGIMEN GENERAL POR SER FAVORABLE AL REGIMEN ESPECIAL APLICABLE AL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL

La Sala entrará a estudiar la diferencia que existe entre el régimen especial consagrado por el Decreto 1212 de 1990 y el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 respecto de la sustitución pensional. De la comparación de regímenes se observa que existe una variante respecto de los beneficiarios de la sustitución pensional pues el general incluyó a los hermanos inválidos que dependían económicamente del causante como beneficiarios de la prestación, mientras que el especial sólo tiene como beneficiarios a los hermanos menores de 18 años que prueben dependencia económica. La diferencia que resulta de la comparación de los regímenes no se refiere a los órdenes preferenciales de los beneficiarios de la sustitución pensional sino a los requisitos que debe demostrar cada uno de ellos para acceder a la prestación pues si bien en los dos regímenes se incluye dentro del orden de preferencia a los hermanos que dependan económicamente del causante, el especial cubre sólo a los menores de 18 años mientras que el general se refiere a los inválidos. Se inaplicará para este efecto, dada la especificidad del caso, la restricción existente en el Decreto 1212 de 1990, sin tener en consideración que la actora supera los 18 años, y se acogerá lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, con base no sólo en que el régimen especial no contempla un beneficio que compense la desmejora sino porque la propia razón de ser de los regímenes especiales es favorecer a sus beneficiarios y, en este caso se los estaría perjudicando al restringirles los derechos que se conceden a los pensionados en general.

Sentencia del 19 de octubre del 2006, Exp No 01330-01 (0427-04)

4-EL TRASLADO O IUS VARIANDI GEOGRAFICO DEBE TENER EN CONSIDERACION LA SITUACION PERSONAL Y FAMILAR DEL TRABAJADOR

El traslado es expresión de lo que se conoce como ius variandi, que consiste en la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus trabajadores. El uso de este poder no es ilimitado pues debe ejercerse dentro del marco normativo establecido por la Constitución Política, según la cual el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y acatando los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Carta. En el sub lite se presentó un ius variandi geográfico en el que la administración hizo caso omiso de la situación familiar del trabajador, habida cuenta de los quebrantos de salud de su esposa,

quien se encontraba en estado de gravidez de alto riesgo y posteriormente fue hospitalizada por tromboflebitis. Adicionalmente aparece acreditado en el expediente que el demandante presentó también deficiencias de salud, que le ocasionaron incapacidades para desempeñar sus labores en la ciudad de Valledupar. Para la Sala el traslado inconsulto de que fue objeto el demandante, dada su situación personal y familiar, indudablemente generó perjuicios de diversa índole. No es de recibo el argumento de que las necesidades del servicio se encuentran implícitas en el acto de traslado porque, como ya se vio, aún el patrono oficial ha de respetar la individualidad del trabajador, sus necesidades y sus derechos, en una palabra, su dignidad.

Sentencia del 18 de agosto de 2005, Exp No 0246 -99(3248-00)

5. SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO EN PARTES IGUALES ENTRE LA CONYUGE Y LA COMPAÑERA PERMANENTE DEL CAUSANTE POR HABER ACREDITADO CONVIVENCIA SIMULTÁNEA

El asunto se contrajo a establecer a quién le asistía mejor derecho a sustituir la asignación de retiro del causante, si a la cónyuge sobreviviente o a la compañera permanente. La Sala señaló que según el Decreto 1213 de 1990, la legitimación para sustituir la asignación de retiro radica en el cónyuge supérstite. No obstante, la aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual la familia constituida por vínculos naturales tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social. La Jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho, y que los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. El criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala, para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional. En el caso concreto, encontró la Sala acreditados supuestos de hecho que legitiman el derecho tanto de la cónyuge como de la compañera del causante. Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolvió el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el causante, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente.

Sentencia del 20 de septiembre de 2007. Exp. 1999-01453 (2410-04). M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Con salvamento de voto del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

6-EL PAGO ORDENADO COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL ACTO DE RETIRO OSTENTA UN CARÁCTER INDEMNIZATORIO (Rectificación jurisprudencial)

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal que debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se

extinguió. Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente. Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público. Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración. Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

Sentencia del 29 enero de 2008, Exp No IJ 02046-08

7- CONGRESISTAS PUEDEN PRESTAR SUS SERVICIOS COMO PROFESIONALES DE LA SALUD, SIEMPRE QUE SEA EN FORMA GRATUITA

Se negó la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del representante a la Cámara IVAN DAVID HERNÁNDEZ GUZMAN, cuyo fundamento era la violación al régimen de incompatibilidades por desempeñar simultáneamente las funciones de parlamentario con el ejercicio de otro cargo o empleo privado. La Ley 5ª de 1992 reguló en su artículo 283 las excepciones a las incompatibilidades estableciendo, en su numeral 10, que los congresistas pueden: “Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita.” El deber de solidaridad de las personas y de los ciudadanos no puede limitarse a las situaciones de riesgo, si así fuera, la ley expresamente lo hubiese indicado, como lo hizo respecto de la gratuidad del servicio. Es de la naturaleza del servicio médico su prestación sin distinciones de clase social o calidad subjetiva del individuo. En el presente caso, la labor del médico se ejerció en forma gratuita y no ha interferido con su función de congresista.

Sentencia del 31 de julio de 2007, Exp. 2007-00554