



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, diecisiete (17) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Instancia: Primera

Acción: Tutela

Radicado: 70001-23-33-000-2019-00003-00

Accionante: José Alfredo Medina Herazo

Accionado: Juzgado Segundo Administrativo de Circuito de Sincelejo y otros.

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal dentro del término legal, a resolver en primera instancia, la acción de tutela promovida por José Alfredo Medina Herazo en contra del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y trabajo.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La solicitud de tutela.-

El señor Javier Francisco Meza Domínguez, presenta acción de tutela, en la que solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y trabajo, que considera vulnerados por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, con ocasión de la decisión adoptada mediante Auto

de fecha 25 de junio de 2014, a través de la cual remitió el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, radicado 2014-00112-00, por competencia a los Juzgados Laborales del Circuito de Sincelejo.

En consecuencia de lo anterior **pretende:**

- (i) Que se declare la nulidad de todo lo actuado por la Justicia Ordinaria Laboral, inclusive desde el Auto proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, que ordenó la remisión del proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de Sincelejo.
- (ii) Ordenar el desarchivo del proceso y la remisión inmediata al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, a fin de que éste proceda al estudio del fondo del asunto y emita la sentencia que en derecho corresponda, teniendo en cuenta la fecha de presentación inicial de la demanda, que fue el día 2 de mayo de 2014, a fin de evitar prescripciones o caducidad por el paso del tiempo.

1.2. Fundamentos fácticos.-

Señala la parte actora en el escrito contentivo de la acción de tutela, como hechos de relevancia, los siguientes:

a. Presentó por intermedio de apoderado judicial, demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el día 2 de mayo de 2014, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006, con ocasión del pago tardío de sus cesantías parciales, reconocidas mediante Resolución N° 0947 del

21 diciembre de 2010.

b. El proceso le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el que por Auto del 25 de junio de 2014, lo remitió por competencia al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, que a su vez, lo remitió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo, el cual asumió el conocimiento del mencionado proceso.

c. Mediante Auto de fecha 18 de febrero de 2016, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo, avocó el conocimiento del proceso y ordenó su adecuación al trámite del proceso ejecutivo laboral.

d. Por Auto de fecha 3 de noviembre de 2016, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo decidió no librar mandamiento de pago a favor del demandante, por considerar que el ejecutante no aportó acto administrativo que reconociera dicha sanción moratoria.

e. El 10 de noviembre de 2016, se apeló la anterior decisión, con el objeto de que el H. Tribunal Superior de Sincelejo, revocara el Auto del 3 de noviembre de 2016.

f. Mediante providencia de fecha 10 de noviembre de 2017, el H. Tribunal Superior de Sincelejo-Sala Civil-Familia- Laboral, confirmó el Auto del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo, condenó en costas al ejecutante y ordenó la devolución al Juzgado de origen.

g. El Auto de obedézcase y cúmplase, fue proferido el 26 de enero de 2018, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo.

1.3. Actuación procesal.-

Recibida la demanda, el día 11 de enero de 2019, el Magistrado Ponente ordenó, en virtud del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, su remisión a la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a que una de las pretensiones de la acción de tutela, es la de declarar la nulidad de lo actuado por la Justicia Ordinaria laboral, entiéndase, los Autos proferidos por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo y del Tribunal Superior Sala-Civil-Familia Laboral de Sincelejo.

La Corte Suprema de Justicia, mediante Auto de fecha 5 de febrero de 2019, resuelve abstenerse de avocar conocimiento y suscita conflicto negativo de competencia, ordenando su remisión a la H. Corte Constitucional.

La H. Corte Constitucional, a través de Auto de fecha 25 de abril de 2019, resolvió el conflicto de competencias, dejando sin efectos el Auto de fecha 11 de enero de 2019 proferido por el Despacho Primero del Tribunal Administrativo de Sucre, y disponiendo la remisión del expediente a éste, para que imparta el trámite respectivo y decida de fondo el asunto.

En acatamiento de lo ordenado por la H. Corte Constitucional, se admitió la tutela y se ordenó notificar al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo. Así mismo, en atención a que en las

pretensiones de tutela, se pide la nulidad de la actuación surtida en la justicia ordinaria laboral, se dispuso vincular a los Juzgados Primero y Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo y al Tribunal Superior Sala Civil-Familia-Laboral de Sincelejo.

Remitidas las comunicaciones del caso, se dieron las siguientes intervenciones:

1.4. Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo.-

La autoridad judicial, por conducto de la Jueza Titular, señaló que es respetuosa de las decisiones judiciales adoptadas por sus colegas, atendiendo al principio de la autonomía que ostenta cada operador jurídico, pues el auto cuestionado no fue dictado por ella, por tanto, no está en la potestad de defenderle o atacarle, máxime, si su superior jerárquico confirmó la decisión, con base en fundamentos legales, y por ende, le debe obedecimiento a lo allí resuelto. Razón por la cual se atiende a lo que resuelva en la acción de tutela.

Remite copia de un fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia, que a su juicio, comparte los mismos fundamentos fácticos y jurídicos y por tanto, se constituye como un precedente frente al tema debatido.

Igualmente, remitió el expediente contentivo del proceso ejecutivo laboral de radicado **2014-00321-00**, solicitado en calidad de préstamo por esta magistratura.

1.5. Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo.-

La Jueza titular del despacho, rinde el informe solicitado, manifestando que es cierto que el señor José Alfredo Medina Herazo, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en el año 2014, en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, buscando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la mora en la cancelación de sus cesantías parciales.

Explicó que la demanda le fue repartida el 2 de mayo de 2014, y mediante Auto de fecha 25 de junio de 2014, resolvió remitirla por competencia a los Juzgados Laborales del Circuito Judicial de Sincelejo.

Que si bien dicho auto no es susceptible del recurso de apelación en los términos del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, éste sí puede ser controvertido por medio del recurso de reposición. Sin embargo, el demandante en su oportunidad no lo hizo, siendo entonces improcedente la presente acción constitucional, pues no agotó los mecanismos de defensa que tenía a su alcance.

Que la acción de tutela es también improcedente por inobservancia del requisito de la inmediatez, pues la decisión data del año 2014, luego, dicho acción no puede utilizarse para revivir términos procesales que son de obligatorio cumplimiento.

Agregó, que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, al aprehender el conocimiento de la demanda, sentó su competencia para conocerla y tramitarla, y en uso de la autonomía judicial, dictó las providencias a

que hubo lugar dentro del proceso, las cuales fueron confirmadas por su superior jerárquico.

1.6. Tribunal Superior Sala Civil-Familia-Laboral de Sincelejo.-

Dicha Magistratura rindió informe, mediante el cual señala que efectivamente esa Corporación, decidió en segunda instancia el proceso de ejecutivo laboral de radicado 2014-00321-00, con ponencia de la Magistrada Martha Teresa Flórez Samudio, el día 10 de noviembre de 2017, en virtud del recurso de alzada que fue interpuesto contra el auto de primer grado, proferido el 3 de noviembre de 2016, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo.

Que la providencia dictada por esa Corporación, se ajustó a las normas y criterios jurisprudenciales pertinentes y fue suficientemente motivada. De ahí, que no se puede desprender vulneración alguna de los derechos fundamentales reclamados, pues ello se predica de decisiones judiciales claramente arbitrarias u ostensiblemente contrarias a derecho, lo cual no es el caso.

Que se atiene esa Magistratura, a lo que decida el Tribunal Administrativo de Sucre, conforme a los supuestos de hecho y de derecho que se tengan.

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito**, no contestó la acción de tutela.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. Competencia.-

El Tribunal Administrativo es competente para conocer del asunto de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Problemas jurídicos.-

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, debe el Tribunal establecer; si en el *sub examine* se cumplen los prepuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Superado esto, analizará la Sala, si en el caso *sub judice*, la forma como se actuó judicialmente, frente al asunto del reclamo de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales, está vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del accionante.

Para resolver el anterior planteamiento, la Sala abordará los siguientes temas; **(i)** Generalidades de la acción de tutela; **(ii)** La acción de tutela contra providencias judiciales;-requisitos generales y especiales-, y **(iii)** El caso concreto.

I. Generalidades sobre la acción de tutela.-

Conforme lo preceptúa el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que permite a cualquier persona,

reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera resulten vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, excepcionalmente, de particulares.

Su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes.

Corolario de lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que se obliga al juez constitucional a determinar su procedencia, ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

II. La acción de tutela contra providencias judiciales-alcance jurisprudencial.-

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, tiene origen en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, que declaró la inexequibilidad del artículo 40 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Igualmente, al interior del máximo órgano de la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, se ha planteado el debate de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judiciales, existiendo en su seno, decisiones no uniformes sobre el tema, siendo atendido dicho debate con la sentencia de la Sala Plena, en donde la Alta Corporación concluyó:

*"De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales."*¹

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia, ha llevado a desarrollar unas etapas para determinar: a) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales; y b) los defectos de fondo de la providencia judicial acusada; esto con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una providencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 31 de julio de 2012. CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO.

Así las cosas, la línea jurisprudencial trazada por la H. Corte Constitucional ha evolucionado y bajo el nombre de causales de procedibilidad, ha rediseñado el ámbito de competencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siendo pues la acción en estudio procedente en contra de decisiones de los jueces, si cumple los siguientes requisitos: *a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, e) Que se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible, f) Que no se trate de una sentencia de tutela².*

Adicionalmente, según la doctrina constitucional, si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez, supera las causales anteriores, éste, para poder revocar la decisión del juez natural, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo³: a) Defecto orgánico, b) Defecto

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-590 de 2005.

³ a) Defecto orgánico: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. b) Defecto procedimental absoluto: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c) Defecto fáctico: Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d) Defecto material o sustantivo: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e) Error inducido: Se presenta cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f) Decisión sin motivación: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. **g) Desconocimiento del precedente: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho**

procedimental absoluto, c) Defecto fáctico, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

Por su parte el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación por importancia jurídica del 5 de agosto de 2014, con ponencia del Doctor Jorge Octavio Ramírez, consignó lo expuesto por la doctrina constitucional y precisó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos destacados por la Corte Constitucional. Así:

.-Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la acción de tutela. Estos requisitos, son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) Se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) Se cumple el requisito de inmediatez; (iv) No se argumentó una irregularidad procesal; (v) Se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y (vi) La providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

.-Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las

fundamental vulnerado. h) Violación directa de la Constitución: Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

siguientes⁴: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) Defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) Defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir decisión; d) Defecto material o sustantivo, el cual se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) Error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) Decisión sin motivación; g) Desconocimiento del precedente judicial y h) Violación directa de la Constitución Política.

Dichos presupuestos fueron estudiados nuevamente en la sentencia de unificación de fecha 25 de mayo de 2017⁵, donde se reiteró:

"Los primeros han sido fijados como restricciones de carácter procedimental o presupuestos indispensables para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo, es decir, aquellos que habilitan la interposición de la acción, los cuales fueron definidos por la Corte como "requisitos generales de procedencia de tutela contra providencias judiciales". A continuación, se reseña la clasificación realizada en la mencionada sentencia:

"24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

*a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda*

⁴ Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, entre otras.

⁵ M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan **agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada**, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. **Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.** No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora **identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados** y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. **Que no se trate de sentencias de tutela.** Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de

manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". (Resaltado fuera de texto).

En cuanto a los requisitos específicos, la citada providencia mencionó que una vez acreditados los requisitos generales, el juez debía entrar a determinar si la decisión judicial cuestionada por vía de tutela configura un yerro de tal entidad que resulta imperiosa su intervención. Así, mediante las denominadas "causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales", la Corte identificó cuáles serían tales vicios, en los siguientes términos:

"25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. (...)

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución”.

Concluyó así la Corte, que para el análisis de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que se trata de una posibilidad de carácter excepcional, sujeta al cumplimiento de los parámetros formales y materiales fijados. Además, deben encontrarse acreditados cada uno de los requisitos generales expuestos, que le permitan al juez de tutela realizar un examen constitucional de las decisiones judiciales puestas a su conocimiento. Asimismo, habrá de demostrarse la existencia de, por lo menos, una de las causales específicas o defectos enunciados.

III. Caso concreto.-

.- Análisis de los requisitos generales y específicos de procedibilidad.-

1. La Sala advierte que la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional, habida consideración que lo que está en juego, es la posibilidad del accionante de acudir a la justicia para obtener de ella, solución material a su reclamo de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales. Obsérvese que lo que se ruega es el amparo al acceso a la administración de justicia, como elemento esencial del debido proceso en su esfera constitucional, pues considera el accionante, se le está afectando en virtud, de que no se le ha dado trámite a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó para el efecto, sino que el juez administrativo,

desconociendo precedente jurisprudencial, decidió remitirlo por competencia al juez laboral para que se tramite como ejecutivo laboral, y la justicia laboral en decisión ejecutoriada ha decidido abstenerse de librar mandamiento de pago, al considerar que no se dan las condiciones para su cobro en vía ejecutiva laboral; y que así las cosas, si intenta la presentación de una nueva demanda, se ve expuesto a fenómenos como la prescripción y caducidad, que comprometen su real derecho a que la justicia resuelva sobre el reconocimiento y pago del derecho que reclama.

2. En cuanto a la existencia de otros medios ordinarios y/o extraordinarios de defensa judicial y su agotamiento por parte del accionante para lograr la protección de los derechos invocados, la Sala encuentra superado este requisito, por las siguientes razones:

El artículo 168 de la Ley 1437 de 2011⁶, no prevé cuál recurso procede contra la decisión que declara la falta de Jurisdicción o de competencia.

Igualmente, al estudiar la posible procedencia del recurso de apelación, encontramos que dicha actuación tampoco es susceptible de ser recurrida por medio de éste. En efecto, el artículo 243 enlista las providencias apelables en primera instancia por los jueces administrativos:

⁶ "ARTÍCULO 168. FALTA DE JURISDICCIÓN O DE COMPETENCIA. En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión".

- "1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente."

Como se observa, la anterior normativa, no contempla entre los autos susceptibles de apelación, aquél que declara la falta de jurisdicción o de competencia.

Entonces, como la actuación no es susceptible de ser controvertida a través del recurso de apelación, bien podría decirse que es susceptible del recurso de reposición, en los términos del artículo 242⁷ de la Ley 1437 de 2011, y en esa medida, corría el actor con la carga de agotarlo previo al uso de la acción de tutela. No obstante, al examinar los antecedentes, tanto de la jurisprudencia Contencioso Administrativa como Constitucional dictados en ese sentido, encontramos que dicho recurso tampoco se considera procedente.

Así se tiene que el H. Consejo de Estado ha señalado:

*"(.) Así las cosas, como quiera que de acuerdo a las referidas disposiciones, el **auto que declara la falta de jurisdicción para conocer de un asunto**, y ordena la remisión del respectivo expediente a otra jurisdicción, **no es pasible del recurso de apelación, ni de ningún otro recurso**, por cuanto no existe norma expresa que así lo disponga⁸"*

⁷ que señala "salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica".

⁸ Providencia del 10 de diciembre de 2007. C.P. Rafael Ostau De la Font Pianeta.Expe.

Por su parte, la misma consideración presenta la H. Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T-198 de 2018, en la que al punto dice: "(.) Ahora bien, el artículo 242 del CPACA señala que, "salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica". En esa medida, podría afirmarse que la providencia del 23 de febrero de 2016 que declaró la falta de jurisdicción era susceptible del recurso de reposición y, en esa medida, el accionante debía agotarlo. **No obstante lo anterior, la Sala considera que ese recurso tampoco resultaba procedente, por cuanto la jurisdicción contencioso administrativa ha señalado enfáticamente que "el control de la decisión que declara la falta de jurisdicción no se hace por vía de recursos"**⁹ (Destacado de la Sala).

En general, conforme el desarrollo de la actuación judicial que se le ha dado a la demanda que el accionante presentó como de nulidad y restablecimiento del derecho, y que hasta ahora ha terminado al resolversele recurso de apelación, confirmando la negativa del mandamiento de pago, no le queda al afectado recurso alguno en el ordenamiento para hacer valer su derecho al acceso a la administración de justicia.

3. Respecto al cumplimiento del requisito de inmediatez, es menester precisar, que tanto la H. Corte Constitucional como el H.

11001032400020080010800.

⁹ Aquí cita la H. Corte Constitucional, el Auto del 27 de febrero de 2003 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. María Elena Giraldo Gómez "Fue querer del legislador disponer que cuando se remite el expediente a otra jurisdicción, dicha decisión no sea objeto de apelación. En ese sentido se encuentra que en asunto de jurisdicción, estableció expresamente que en caso de conflictos de jurisdicción si este se propone ante el juez o magistrado que esté conociendo del proceso y este declara su falta de competencia, ordenará remitirlo al que estime competente mediante auto contra el cual no procede recurso alguno".

Consejo de Estado, han coincidido en que la acción de tutela debe incoarse en un plazo razonable¹⁰, y bajo esa óptica, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹¹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la jurisprudencia Constitucional en la sentencia C-590 de 2005, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y determinó, que seis (6) meses era un tiempo prudencial para acudir y solicitar el amparo de los derechos fundamentales que se estimen vulnerados con ocasión de providencias judiciales.

Empero, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-198 de 2018¹², estudiando un caso análogo¹³, donde la acción de tutela fue interpuesta en un término de 7 meses y 25 días, luego del acaecimiento del hecho vulnerador¹⁴, señaló; que si bien en algunos casos ha tomado como referencia el término de seis meses para determinar si el transcurso del tiempo entre la ejecutoria de una decisión judicial y la presentación de una tutela es proporcional, *"lo cierto es que ha aclarado que tal término no es taxativo, pues puede suceder que "en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo*

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Rad. 11001-03-15-000-2008-01018-01 (AC), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹² M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

¹³ Igualmente se trata de un proceso remitido del contencioso administrativo al juez laboral para que fuere tramitado como un ejecutivo laboral, y le fue negado el mandamiento de pago.

¹⁴ proceso de revisión de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2017 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que revocó la dictada el 13 de septiembre de 2017 por la Sección Cuarta de esa misma Corporación, dentro de la acción de tutela promovida por Reinaldo de Jesús Giraldo Calderón contra el Tribunal Administrativo de Antioquia.

dependerá de las particularidades del caso”.

Así pues, dice la Corte, que seis meses es un plazo en principio razonable, para satisfacer el requisito de inmediatez, sin que ello signifique que dicho término es perentorio; lo que lleva a concluir que el análisis de la razonabilidad de la inmediatez, en materia de tutela, debe realizarse en cada caso concreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala, los términos han de contarse a partir del 29 de enero de 2018¹⁵, fecha de la ejecutoria del auto por medio del cual, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, se está a lo dispuesto por el Tribunal Superior-Sala Civil-Familia-Laboral de Sincelejo, en providencia del 10 de noviembre de 2017, mediante la cual confirmó la negativa de librar mandamiento de pago en favor del ejecutante, pues es en ese momento, que se hace evidente para el accionante, que con ocasión del trámite dado a la demanda, se afecta su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, habida consideración, que fue hasta tal fecha que el actor enfrentó el conocimiento de una decisión que lo dejaba sin solución material por parte del aparato judicial, al derecho que reclamó y que en decisión administrativa le fue negado por la entidad pública. Antes de ello, confiaba razonablemente que con ocasión de la remisión, ante la justicia laboral se resolviera sustancialmente su reclamo.

Así las cosas, entre el 29 de enero de 2018, fecha de la ejecutoria del auto de obedézcse y cúmplase proferido por el Juzgado Tercero

¹⁵ Fl. 90 reverso, C. de la demanda ordinaria.

Laboral del Circuito y la interposición de la acción de tutela, 19 de diciembre de 2018, trascurrieron algo más de diez (10) meses, lapso que resulta razonable, siguiendo lo decantado por la jurisprudencia constitucional en casos de patrón fáctico común al que aquí se atiende, donde se estudia la protección al acceso a la administración de justicia. Así las cosas, y debido a que el término de presentación de la acción de tutela no es irrazonable y desproporcionado, la Sala concluye que el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho.

4. Así mismo, se tiene que el accionante plantea de forma clara los hechos por los cuales considera que se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, con ocasión del actuar del aparato judicial, el cual le cierra las puertas para poder hacer valer sus derechos, pues a juicio del actor. El desconocimiento del precedente judicial, le **ocasionó** un grave perjuicio para sus intereses como trabajador.

5. Por último, evidentemente no se trata de una acción de tutela contra una sentencia de esa misma naturaleza, dado que las decisiones judiciales involucradas, fueron proferidas con ocasión de una demanda presentada inicialmente como de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Cumplidos los requisitos generales de procedibilidad, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales específicas de procedencia, por lo cual, la Sala estudiará, si en este caso se desconoció el precedente judicial, así:

La H. Corte Constitucional ha sostenido que el desconocimiento del precedente jurisprudencial constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela¹⁶, pues si bien es cierto los jueces gozan de autonomía para adoptar la decisión a su juicio apropiada, también lo es, que en su ejercicio encuentra límites, como lo es, el del respeto al precedente judicial.

Por su parte, el H. Consejo de Estado ha dicho que el precedente obligatorio, es aquel fijado por éste en sus providencias, en razón de que la decisión cuestionada fue proferida por una autoridad judicial que pertenece a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Significa que los Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos deben seguir el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción¹⁷.

Entonces, el análisis que debe hacerse es si la providencia cuestionada, acogió el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado, relacionado con la jurisdicción competente para conocer de las controversias surgidas frente a actos que resuelven sobre la procedencia de la sanción por mora en el pago de cesantías, atendiendo para el efectos los supuestos fácticos del caso y la causa *petendi* de la demanda presentada.

En ese orden, el auxilio de cesantías definitivo ha sido entendido

¹⁶ Ver entre otras sentencias: T-446/13. T-360/14 y T-309/15

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de septiembre de 2017. Expediente. 11001-03-15-000-2017-01669-00. C.P. Milton Chávez Gracia.

por la jurisprudencia Contencioso Administrativa¹⁸, como una prestación social de carácter especial que se constituye en un ahorro forzado para el trabajador, para atender sus necesidades en caso de quedar cesante, así, la ley ha propendido porque las cesantías sean pagadas a buen término, dado que, como ya se indicó, las mismas buscan proteger al trabajador cesante (pago de cesantías definitivas) o financiar una serie de bienes y servicios de finalidad prioritaria para el trabajador (vivienda y estudio, pago de cesantías parciales); por lo que ha consagrado una sanción por su no pago oportuno.

En ese contexto, surgió la Ley 244 de 1995, que estableció el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de cesantías definitivo. En efecto, el artículo primero establece que *"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"*.

Así, el artículo 2° de la referida ley, establece que una vez proferida la resolución de liquidación del auxilio de cesantías, el pago se efectuará dentro del siguiente término legal *"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."*

Ahora bien, en el evento en que la administración incumpla los

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. N° 25000-23-25-000-2011-00622-01(1674-13), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

términos antes referidos, el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, consagra la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías definitivo, en los siguientes términos; *"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."*

Posteriormente, la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, extendiendo la sanción moratoria por falta de pago o pago tardío de cesantías a las parciales, dejando incólume los términos con que cuenta la entidad a efectos del reconocimiento y pago de dicha prestación, tal como se observa a continuación:

"Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, 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 informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo"

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

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

Frente a este asunto de la sanción moratoria por falta de pago o pago tardío de cesantías, lo primero que debe decir la Sala, es que desde su estreno, la disposición legal, suscitó discusión sobre cuál debía ser el mecanismo apto para hacerla valer; así algunos incluso, señalaban como adecuada la reparación directa, al observarla como una indemnización que no requería de reclamación para pronunciamiento previo de la entidad a cargo, mientras que otros abogaban que su vía natural, debía ser la de la nulidad y restablecimiento del derecho, en caso de negarse su reconocimiento y pago por la entidad empleadora; advirtiéndose también la vía expedita de la ejecución laboral, cuando no había discusión sobre la existencia del derecho.

En razón de ello, el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 Marzo de 2007¹⁹, unificó posición, considerando la improcedencia de la acción de reparación directa²⁰, y señalando las hipótesis que a su juicio, podrían presentarse frente a los términos de reconocimiento y pago de la cesantía, las que según el caso, habilitaban la nulidad y restablecimiento del derecho o la ejecución laboral, para el reclamo de la sanción moratoria por su falta de pago o pago tardío.

¹⁹ En el proceso de radicado 76001-23-31-000-2000-02513-01.

²⁰ Advirtiendo sin embargo, que las demandas sobre el tema, ya presentadas en acción de reparación directa, deberán ser resueltas de fondo.

En este orden, la Sala Plena en la mentada sentencia de importancia jurídica, explica los posibles escenarios que pueden presentarse cuando se reclaman el auxilio de cesantías y/o la sanción moratoria, así:

"(...) Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad v restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2. En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación.

Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración o para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos (...).

También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna.

En suma, la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. (..) ²¹ (Destacado de la Sala)

En referencia del asunto, se pone de presente que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el 3 de diciembre de 2014²², sostiene unificar su posición, señalando que cuando hay acto de reconocimiento de las cesantías, y su pago no es oportuno, la vía procesal idónea para reclamar la sanción moratoria, es la ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria laboral, en razón a que la obligación nace directamente de la ley y, por ello, no necesita un acto administrativo que reconozca expresamente la sanción. En los siguientes términos se expresó dicha Corporación:

"(...) Es decir, ya no es defendible la posición esbozada en el sentido que por no tener un reconocimiento expreso la sanción moratoria por parte de la administración, no puede pregonarse la existencia de título ejecutivo, cuando la complejidad del mismo deviene de la presencia de elementos básicos e ineludibles, como la existencia del reconocimiento de las cesantías (no se discute la misma), su pago tardío o no pago y la ley misma (Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006) como fuente de obligación que es, **ante esas realidades no hay forma de sustraerse al reconocimiento de título ejecutivo, que por serlo, es exigible ante la jurisdicción que compete**, solo que ante

²¹ Consejo de Estado. Sala Plena, SU 27 Mar. 2007, e76001-23-31-000-2000-02513-01

²² CSJud. Disciplinaria 3 Dic. 2014, el 1001-01-02-000-2014-02227-00, A. Lizcano

los supuestos dados en el artículo 104-5 de la Ley 1437 de 2011, casos como el presente no son de los enlistados allí por el legislador, por lo tanto, el juez natural sigue siendo el Ordinario Laboral. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

No obstante posteriormente, con la finalidad de evitar discusiones y confusiones recurrentes que terminaban afectando el acceso a la administración de justicia, y propendiendo por una interpretación que hiciera más pragmático el asunto, la misma Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia de unificación del 16 de febrero de 2017, dispuso:

*"Esta Sala buscando objetivos similares en lo de su competencia, por la importancia jurídica de estos asuntos que reiteradamente se han venido resolviendo, y con las finalidades de facilitar el acceso de los usuarios a la administración de justicia, de no entrar en controversia con las líneas jurisprudenciales que creen los órganos de cierre de las demás jurisdicciones, de crear un precedente vinculante para esta misma Sala y para las autoridades en conflicto, a fin de que se convierta en un mecanismo de descongestión, que evite la proposición de conflictos sobre este tema, contribuya a la seguridad jurídica y a la creación de un precedente de obligatoria aplicación **para todas las autoridades, decide en esta providencia UNIFICAR EL CRITERIO respecto de la autoridad competente en las demandas en las que se pretenda la declaratoria de mora en el pago de las cesantías, dejándolo de manera expresa, para efectos de su publicación y difusión por la relatoría de esta Sala. de manera sistematizada v organizada, asignando la competencia a la jurisdicción administrativa.**"* (Negrita fuera de texto).

Por su parte, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en Sentencia del 21 de septiembre de 2015, estudiando el asunto en sede de tutela, sintetizó las reglas trazadas por la Sala Plena, así:

- Las hipótesis que se pueden presentar ante la solicitud de reconocimiento de la indemnización moratoria son: (i) que la

administración no resuelva el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías; (ii) que no reconozca las cesantías y, por ende, no las pague o (iii) que efectúe el reconocimiento de las cesantías.

- También puede ocurrir que: 1) reconozca las cesantías oportunamente pero no las pague; 2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente; 3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga; 4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente; 5) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.
- En los eventos señalados anteriormente, la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Cuando existe certeza del derecho y la sanción, la vía es el proceso ejecutivo porque hay título ejecutivo, esto es, cuando existe un acto administrativo de reconocimiento del derecho, que contiene una obligación clara, expresa y exigible, de conformidad con el artículo 422 del CGP.

En el mismo sentido, en un pronunciamiento más reciente, la Sección Segunda, se refirió nuevamente al tema de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de la legalidad del acto administrativo que niega la sanción por el no pago oportuno de las cesantías, así:

"Conforme a esta sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer el asunto relacionado con el pago de la sanción moratoria, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo salvo que el empleado tenga en su poder tanto el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y el que le reconoce la indemnización moratoria, pues, de no ser así, se debe dirigir a la administración para provocar la decisión de ésta referida al reconocimiento o no de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, según lo dispuestos por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pues, para que haya certeza sobre la obligación no basta que la ley disponga el pago de la sanción moratoria, ya que ella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas pero no el título ejecutivo, el cual se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. Por tanto, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo.

(...)

Así, pues, la demanda que pretende la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto que de existir acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria, el conocimiento del proceso ejecutivo será de la Justicia Ordinaria Laboral. En consecuencia, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá que declaró probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción y ordenó remitir el proceso a la Justicia Ordinaria Laboral, y se ordenará la devolución del proceso al Tribunal de origen para que continúe el trámite legal.

Recientemente, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado²³, también se refirió al tema en sede de tutela, bajo el estudio de un caso con similar supuesto fáctico al *sub examine*, en esta oportunidad dijo el H. Tribunal²⁴:

²³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Milton Chaves García. Sentencia del 13 de septiembre de 2017. Rad. 11001-03-15-000-2017-01669

²⁴ Al respecto se puede consultar también, sentencia del 1 de agosto de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01566-01(2344-17). Que señalo: *"Igualmente precisó que si bien la sanción moratoria está dispuesta por ley para los casos en que la administración no pague las cesantías definitivas o lo haga tardíamente, esta es solo la fuente de la obligación a cargo de la entidad, más no el título ejecutivo, razón por la cual, cuando no se tenga certeza de lo adeudado (cesantías o sanción moratoria), el interesado queda facultado para provocar un pronunciamiento de su empleador, a efectos de obtener un acto administrativo o ficto demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De lo contrario procederá la ejecución del título ejecutivo complejo ante la jurisdicción laboral".*

"(...) En el presente caso, como se dijo, el actor solicitó reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995 por el no pago oportuno de sus cesantías, solicitud que no fue resuelta, lo que llevó a que se configurara el silencio administrativo negativo y, por tanto, que se habilitara a demandar el acto ficto surgido de dicho silencio.

En este orden de ideas, se trata de un proceso declarativo, en el que está de por medio un acto administrativo cuya nulidad se pretende y que además se solicita un restablecimiento del derecho que es precisamente el reconocimiento y pago de la respectiva sanción moratoria, por lo que no se puede hablar de un proceso ejecutivo.

Para que proceda la acción ejecutiva debe existir un título ejecutivo, que sería el acto que reconozca la sanción moratoria. Entonces, al ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el actor busca constituir un título ejecutivo que le permita reclamar la indemnización a la que dice tener derecho.

En los anteriores términos es claro que la providencia cuestionada incurrió en desconocimiento del precedente judicial de esta Corporación (..)"

La ilustración precedente, muestra que aunque se mantiene la premisa general referente a que cuando hay certeza o no hay discusión sobre la existencia del derecho y la sanción, es procedente su ejecución, mientras que si existe duda, discusión o debate, es la de nulidad y restablecimiento del derecho; ha habido variaciones tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el alcance de las hipótesis que permiten acudir directamente a la ejecución laboral, restringiéndose su entendimiento en las más recientes providencias, al aquel evento en que existe un acto administrativo que expresamente reconozca la sanción moratoria, siendo entonces cualquier otra eventualidad, del ámbito de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora si se trata, de verificar la acusación de achaque a una providencia judicial por desconocimiento de un precedente jurisprudencial, es ineludible ubicarse en la fuentes de tal naturaleza, existentes para la época del proferimiento de la providencia bajo examen- *junio de 2014*-, en la que la posibilidad de ejecución no se agotaba en el evento evidente de contarse con un acto administrativo que expresamente reconozca la sanción, sino que también comprendía aquella situación, en donde ya existiendo un acto administrativo que reconoce y liquida la cesantía, hubieren pasados los 45 días desde su firmeza sin haberse realizado su pago, para lo cual bastaba aportar la respectiva resolución, acompañada de la prueba de la realización del pago tardío o de la afirmación de negación de indefinida de falta de pago²⁵, y en donde lo reclamado fuere estrictamente la sanción causada a partir del día 46, desde la firmeza del acto, conforme lo dispuesto en la ley.

Empero, de todas formas el caso del *sub-examine*, no encajaba en ninguno de los supuestos que para la época, se aceptaban vía ejecutiva laboral, pues a pesar de existir un acto administrativo que reconoce y liquida la cesantía y reclamarse sanción moratoria por su pago tardío, la

²⁵ Ver sentencia de unificación Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 2007, ya transcrita.

Ver también providencia del 15 de noviembre de 2012, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Magistrado Ponente Angelino Lizcano Rivera, radicado 110010102000201202486.00. "no obstante, en el presente caso, no estamos frente a la discusión del derecho que se reclama, por el contrario el origen de la solicitud no es otro que la consecuencia cierta del incumplimiento en el pago de una obligación clara y expresa contenida en un acto administrativo que reconoció un derecho cierto e indiscutible como son las cesantías parciales. Luego el demandante puede reclamar el pago de la mora una vez presente los presupuestos que consagró la ley 244 de 1995, en su artículo 2, **norma que concede a los pagadores de las entidades públicas un plazo razonable de 45 días** para erogar las sumas reconocidas por concepto de cesantías, entonces estamos frente a la ejecución de una suma de determinada de dinero y en consecuencia no es competencia de la jurisdicción contenciosa, toda vez que no se pretende el reconocimiento como tal de un derecho".

causa *petendi*, muestra elementos que descartaban la simple ejecución, y la hacían desde siempre, del resorte de la nulidad y restablecimiento del derecho. Obsérvese que en la demanda se reclama por una sanción moratoria, que aparte de haber sido negada por el acto administrativo²⁶ cuya nulidad se pretende, no se refiere simplemente a la causada desde el día 46 desde la firmeza del acto que le reconoció y liquidó las cesantías parciales²⁷, sino que pide y discute su aplicación²⁸, desde el día 65, contado desde la presentación de la petición de reconocimiento de la cesantía, sosteniendo debe aplicarse la interpretación jurisprudencial expuesta por el Consejo de Estado²⁹, para evitar la burla de la entidad, situación que solo puede ser decidida y precisada funcionalmente en cada caso, por el Juez Administrativo, a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control en el que estudiará la legalidad de la negativa y podrá si es del caso, estatuir disposiciones en su reemplazo a título de restablecimiento.

En este orden de ideas, se trata de un proceso declarativo, en el que está de por medio un acto administrativo cuya nulidad se pretende

²⁶ Oficio S.E OPSM 2446 de 26 de septiembre de 2013 expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre. Folio 30.

²⁷ Ley 1071 de 2006.

²⁸ Ver texto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

²⁹ Desde la sentencia de 12 de diciembre de 2002, radicación No.1604-2001, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, en la que se 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.

y que además se solicita un restablecimiento del derecho que es precisamente el reconocimiento y pago de la respectiva sanción moratoria, de ahí que no pueda entenderse éste, como un proceso ejecutivo, pues existe un acto que en principio goza de legalidad, el cual solo puede ser anulado por la jurisdicción Contencioso Administrativa en los términos del artículo 88³⁰, 104³¹ y 138 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, para la Sala, la providencia de 25 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, incurrió en un desconocimiento del precedente, al concluir que el conocimiento de la controversia planteada por el señor José Alfredo Medina Herazo le correspondía a la jurisdicción ordinaria, pues, de acuerdo con las reglas fijadas por el H. Consejo de Estado desde su providencia de 27 Marzo de 2007³², cuando haya discusión sobre el derecho a la sanción –causación, contabilización, etc- y se pretenda la nulidad del acto que negó el reconocimiento de la sanción por no pago oportuno de las cesantías, corresponde su conocimiento a la Jurisdicción

³⁰ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

³¹ ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (..) **4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. (. .) PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.**

³²En el proceso de radicado 76001-23-31-000-2000-02513-01

de lo Contencioso Administrativo, en nulidad y restablecimiento del derecho.

En el caso de marras, la no aplicación del mentado precedente del H Consejo de Estado, al no darse trámite a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el accionante, sino remitirse a la justicia ordinaria laboral, para que se le ventilara como un ejecutivo laboral, y en la que terminó disponiendo su archivo, al no reunirse las condiciones para librar mandamiento, conforme la verdadera causa *petendi* de la demanda, deja al accionante sin acceso a la administración de justicia para que se le decida materialmente su pretensión, por ello, sin duda implica la intervención del juez constitucional para evitar que se consolide su obstrucción, pues sin porvenir la situación de su voluntad o de su yerro, habiendo pasado el tiempo en el transcurso de la actuación judicial, ya conocida, ahora se ve expuesto a fenómenos que lo inhiben, como la caducidad, del medio de control, que desde un inició utilizó

Entonces, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor José Alfredo Medina Herazo y, en consecuencia, dejará sin valor y efecto jurídico la providencia de 25 junio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo ordenará al Juzgado Tercero Laboral del Circuito, despacho donde responsan las diligencias del proceso ejecutivo laboral de radicado 700013105001-2014-00321-00 (proceso que inició en la jurisdicción Contencioso Administrativa como una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, identificada

con radicado 70001333300220140011200, para que proceda a su desarchivo y al envío de las diligencias al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, para que éste, le dé cumplimiento a la sentencia de tutela. Resaltando, que se tendrá como fecha de presentación de la demanda, la misma en que fue presentada inicialmente, esto es, el 2 de mayo del año 2014³³.

Adicionalmente, es importante mencionar, que la H. Corte Constitucional en sentencia T-198 de 2018, estudiando un caso con similares supuestos fácticos al *sub examine*³⁴, resolvió amparar los derechos fundamentales del accionante, considerando en esa oportunidad, que el Tribunal Administrativo de Antioquia, como autoridad judicial accionada, vulneró los derechos invocados en tutela, al haberle otorgado un tratamiento diferenciado e injustificado en relación con las personas que han logrado acceder a la administración de justicia a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para resolver controversias sobre el reclamo de la sanción moratoria, por pago tardío de las cesantías, ello fue así según lo Corte, porque *"La providencia judicial controvertida incurrió en un desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, pues señaló que*

³³ Fl. 34. C. Demanda de NYR.

³⁴ "El 15 de junio de 2017, Reinaldo de Jesús Giraldo Calderón promovió acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Antioquia, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Lo anterior, a raíz del auto del 23 de febrero de 2016, proferido por ese despacho judicial, mediante el cual declaró la falta de jurisdicción para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició contra el Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías. En opinión del accionante, la providencia judicial acusada incurrió en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, según el cual, debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declare que la administración ha incurrido en mora por el pago tardío de cesantías y se ordene el pago de intereses"

no era procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sino la acción ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria laboral, en tanto la sanción moratoria prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 opera de pleno derecho y, por lo tanto, su pago no depende del reconocimiento por parte del obligado, ni tampoco de la autoridad judicial”³⁵⁻³⁶.

Frente a la actuación ya surtida y dada en virtud de la remisión por competencia, en la Justicia Ordinaria Laboral, por los Juzgados Primero y Tercero laboral del Circuito de Sincelejo, así como el H. Tribunal Superior Sala-Civil-Familia-Laboral de Sincelejo, y que consistió en la negativa en primera y segunda instancia del mandamiento de pago, no será necesario hacer valoraciones materiales sobre su juridicidad, simplemente se le ordenará tal como se anunció anteriormente, que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, despacho donde resposan las diligencias del proceso ejecutivo laboral de radicado 700013105001-2014-00321-00 (proceso que inició en la jurisdicción Contencioso Administrativa como una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, identificada con radicado 70001333300220140011200, proceda a su desarchivo y al envío de las diligencias al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, para que le dé cumplimiento a la sentencia de tutela.

³⁵ En este caso, la H. Corte Constitucional, revisa la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2017 por la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, que revocó la dictada el 13 de septiembre de 2017 por la Sección Cuarta de esa misma Corporación, dentro de la acción de tutela promovida por Reinaldo de Jesús Giraldo Calderón contra el Tribunal Administrativo de Antioquia.

³⁶ Resuelve la H. Corte Constitucional, REVOCAR el fallo proferido el 8 de noviembre de 2017 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que a su vez revocó la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2017 por la Sección Cuarta de esa misma Corporación, que concedió la acción de tutela promovida por el señor Reinaldo de Jesús Giraldo Calderón contra el Tribunal Administrativo de Antioquia.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor José Alfredo Medina Herazo. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la providencia de **25 de junio de 2015**, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 70001333300220140011200 [demandante: José Alfredo Medina Herazo y demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Sucre-Secretaría de Educación Departamental].

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO, que proceda al desarchivo del proceso que fue tramitado en ese despacho como un proceso ejecutivo con el No. **700013105001-2014-00321-00** (proceso que inició en la jurisdicción Contencioso Administrativa como una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, identificada con radicado **70001333300220140011200** [demandante: José Alfredo Medina Herazo y demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Sucre-Secretaría de Educación Departamental] y dentro de los quince

(15) días siguientes a la notificación del presente fallo, lo remita al **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**, para que dé cumplimiento a esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**, que una vez recibido el proceso de radicado **70001333300220140011200** [demandante: José Alfredo Medina Herazo y demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Sucre-Secretaría de Educación Departamental] **IMPARTA** el trámite procesal correspondiente, previa verificación de los presupuestos para su admisión, teniendo como fecha de presentación de la demanda, la presentada inicialmente, esto es, el **2 de mayo del año 2014.**

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más expedito esta decisión a la parte actora, al accionado, a los terceros vinculados y al agente delegado del Ministerio Público.

QUINTO: Se **ORDENA** la devolución al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo del expediente Rad. No. 700013105001-2014-00321-00, el cual se recibió en calidad de préstamo.

SEXTO: Si el presente fallo no es impugnado, **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo, ordénese su archivo definitivo, previas las anotaciones en el sistema de información judicial.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Extraordinaria, conforme consta en el Acta No. 080 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA