



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

TRASLADO RECURSO DE REPOSICIÓN

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante : JOSE LUIS SIMARRA BATISTA
**Demandado : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y OTROS**
Radicado : 13-001-33-33-001-2015-00344-00

El anterior proceso de fija en lista por el término de un (1) día de conformidad con lo preceptuado en el artículo 110 del Código de General del Proceso, hoy nueve (9) de febrero de dos mil dieciséis (2016) y se mantendrá en la Secretaría en traslado a la contraparte por el término de tres (3) días el memorial radicado el 4 de febrero de 2016 por medio del cual se interpuso recurso de reposición contra el auto de fecha 2 de febrero de 2016, todo ello de conformidad con los artículos 242 del CPACA y 110 del Código de General del Proceso.

LA PRESENTE LISTA SE FIJA POR EL TÉRMINO DE UN (1) DÍA EN LUGAR VISIBLE DE LA SECRETARÍA DE ESTE DESPACHO Y EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, HOY NUEVE (9) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISEIS (2016), A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.)

LA PRESENTE LISTA SE DESFIJA EL NUEVE (9) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISEIS (2016) A LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M.)

INICIA TRASLADO: DIEZ (10) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISEIS (2016)

VENCE TRASLADO: DOCE (12) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISEIS (2016)


MÓNICA LAFONT CABALLERO
Secretaria



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO

CARTAGENA DE INDIAS
SECRETARÍA

RECIBIDO MAY 05/02/2016

NÚMERO DE EXPEDIENTE: 99

FECHA: 04/02/2016 HORA: 11:16 AM

RECEIVED JUAN ALBERTO LEONARDO LOPEZ

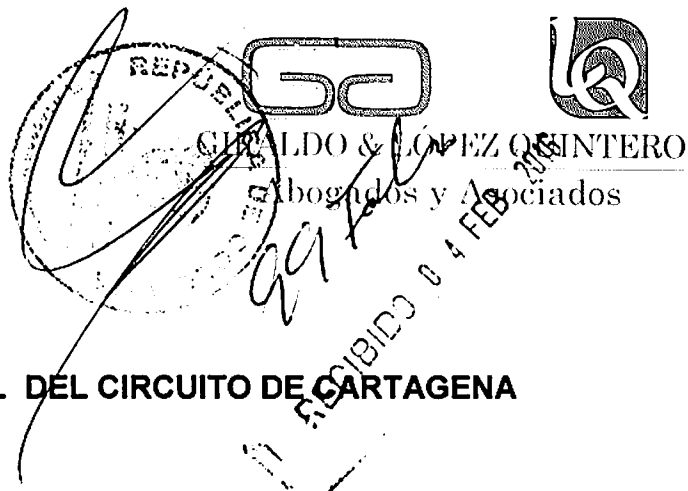
FIRMA: _____

Doctora

ESTHER MARIA MEZA CAMERA

JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena (Bolívar)



REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO DE FECHA 02 DE FEBRERO DE 2016.

Radicado: 13001-33-33-001-2015-00344-00

Demandante: JOSE LUIS SIMARRA BATISTA

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

JANNINA JACKELINE ARIZA GAMERO, identificada con cedula de ciudadanía No 32.935.544 de Cartagena y portadora de la Tarjeta Profesional de abogado 188.308 del C.S. de la Judicatura, actuando como apoderada de la parte demandante, por medio del presente escrito, interpongo recurso de reposición contra el auto de fecha 02 de febrero de 2016, a través del cual el despacho resolvió remitir el presente asunto a los Juzgados Laborales del Circuito de Cartagena para que conocieran la demanda interpuesta.

PROCEDENCIA DEL RECURSO:

El presente recurso de reposición es procedente conforme lo ordenado en el artículo 242 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 318, párrafo 3ro de la ley 1564 de 2012.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El juzgado fundamentó la remisión del presente proceso a los juzgados laborales del Circuito de Cartagena, entre otros por los siguientes argumentos:

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada

Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA: Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625

www.giraldoabogados.com

MANIZALES - PEREIRA - ARMENIA - IBAGUE - NEIVA - CALI - CARTAGO - MEDELLIN - APARTADÓ - BOGOTÁ - GIRARDOT - BUCARAMANGA



GIRALDO & LÓPEZ QUINTERO
Abogados y Asociados

"Encontrándose el proceso para resolver sobre su admisión, observa este despacho que no es competente para conocer del asunto, por las razones que a continuación pasan a exponerse ".... "Encontramos además, que según lo manifestado por el accionante, la entidad demandada expidió un acto administrativo por medio del cual le fueron reconocidas sus cesantías (Hecho 4) y que la suma adeudada por este concepto le fue cancelada en forma tardía (hechos 5 y 8).

A partir de las anteriores manifestaciones, se advierte que existe certeza en cuanto la obligación dineraria a cargo de la entidad accionada, representada en la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías.

Así las cosas, el accionante cuenta con una obligación clara, expresa y exigible, cuya satisfacción debe obtenerse a través de la acción ejecutiva.

Ahora bien, tratándose de una obligación emanada de una relación de carácter laboral, el conocimiento del proceso encaminado a obtener su cobro no corresponde a esta jurisdicción por no encontrarse encaminado dentro de los asuntos asignados a la misma conforme a lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA, específicamente en su numeral 6, el cual restringe su competencia a los procesos ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta; los provenientes de los laudos arbitrales en los cuales sea parte una entidad pública y los originados en contratos estatales

El criterio antes expuesto, corresponde al adoptado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en reciente pronunciamiento, en el cual se afirma que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es competente para conocer de los procesos encaminados a obtener el pago de la sanción moratoria en los eventos en que las cesantías han sido reconocidas y pagadas tardíamente y que en tal caso su cobro debe adelantarse por la vía ejecutiva ante la Justicia Ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad Social, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 712 de 2001".

Con base en los anteriores argumentos, se dispuso la remisión del presente proceso a los Juzgados Laborales de ésta ciudad, ello sin tener en cuenta que no existe un título ejecutivo que permita dentro de éste asunto la obtención de una sentencia de fondo, es decir, no existe material probatorio que permita una decisión de fondo que ordene o no el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en proceso ejecutivo laboral, toda vez que no existe un título ejecutivo ni siquiera en el presente asunto puede constituirse uno con carácter de complejo, siendo que la única certeza es la negativa de la administración en reconocer el pago de la sanción moratoria, situación que indudablemente crea controversia jurídica que solo puede ser dirimida por el Juez administrativo, ya que ante la inexistencia de título ejecutivo,

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada
Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA: Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625
www.giraldoabogados.com

MANIZALES - PEREIRA - ARMENIA - IBAGUE - NEIVA - CALI - CARTAGO - MEDELLIN - APARTADO - BOGOTA - GIRARDOT - BUCARAMANGA

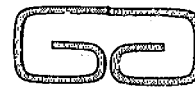
el juez laboral se abstiene de librar mandamiento de pago, lo cual deniega el derecho al no poder ser objeto de pronunciamiento de fondo.

El Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, teniendo como M.P. a la Dra. **SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**, el 16 de julio del 2015, expediente rad. No. 150012333000 201300480 02 (1447-2015), dentro del tema de sanción por mora en el pago de cesantías, caso análogo al presente donde se estableció:

“ El asunto que se debate en el sub lite es distinto porque se demanda el acto administrativo por medio del cual la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías se negó por la Administración del Departamento de Boyacá. Lo que significa que el conocimiento de la demanda contra ese acto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con las competencias señaladas por la Ley 1437 de 2011; y no se debe olvidar que conforme a la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferida el 27 de marzo de 2007, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que reconozca el derecho y que sirva de título ejecutivo para hacerlo efectivo ante la Justicia Ordinaria Laboral.

Conforme a lo anterior no se puede afirmar en este caso que el título ejecutivo sea la Resolución No 0184 de 21 de abril de 2005 que reconoció las cesantías a la demandante, pues, allí no hay ninguna manifestación de la voluntad de la administración del Departamento de Boyacá que sea expresa, clara y exigible respecto del punto que se debate en este proceso, esto es, el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. Además, no está en discusión el reconocimiento mismo de las cesantías contenido en la resolución mencionada; lo que es objeto del presente proceso es el pago de la sanción moratoria porque las cesantías no se pagaron dentro del plazo indicado en la ley.

En este orden de ideas decir que el conocimiento del presente asunto es de la Justicia Ordinaria Laboral con el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías que junto con la Ley 244 de 1994 conforma un título ejecutivo complejo que se debe ejecutar ante citada jurisdicción, **no corresponde a un entendimiento real y efectivo de la jurisdicción y de las competencias señaladas en la ley para conocer y decidir los diferentes asuntos propuestos por los administrados.**



GIRALDO & LÓPEZ QUINTERO
Abogados y Asociados

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado".

Efectivamente el H. Consejo Superior de la Judicatura, ha determinado la competencia para conocer algunos asuntos que han solicitado el reconocimiento de la SANCION POR MORA establecida en la ley 244 de 1994 y ley 1071 de 2006, al conocimiento de los JUZGADOS LABORALES, pero señora juez, lo ha efectuado en asuntos en que se reconoce de manera clara y concreta además de las cesantías, el valor a reconocerse por sanción por mora, circunstancia que compartimos, pues allí de manera exacta la entidad ha reconocido la existencia de la SANCION POR MORA y lo ha reconocido de forma concreta en un acto administrativo el valor que debe cancelarse por esta acreencia al trabajador, lo que constituye en una obligación clara, expresa y exigible.

Pero dentro del proceso que a usted fue puesto en conocimiento es claro que es un asunto que fue presentado como NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ante la jurisdicción contenciosa administrativa, teniendo en cuenta que el medio de control proviene de la NEGATIVA FICTA O EXPRESA realizada por la entidad aquí demandada, constituida en la negativa a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a mi representado (a), tal situación revela que existe un acto administrativo que debe conocer la jurisdicción contenciosa administrativa, y al haberse remitido por falta de competencia a los juzgados laborales de esta ciudad, lejos está esta decisión de dar lugar a una resolución de fondo, contrario a ello, con la remisión el efecto jurídico que se logra es la caducidad en la acción y/o la pérdida del derecho, lo cual hace imposible que se conozca sobre la legalidad del acto demandado, o la obtención del cobro ejecutivo de la sanción moratoria al no existir título ejecutivo en el presente asunto. Lo anterior sin perder de vista que la negativa de la entidad a realizar el pago de la plurimencionada acreencia laboral, NO EVIDENCIA LA EXISTENCIA DE UN TITULO EJECUTIVO, pues antes que reconocer este derecho, lo que realiza el acto administrativo demandado es abstenerse al reconocimiento del mismo.

Con todo respeto señora juez es de suma importancia que se revoque el auto de fecha 02 de febrero de 2016, y en su lugar se admita la demanda, teniendo en cuenta que no existe título ejecutivo en el presente asunto que permita librar

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada

Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA: Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625

www.giraldoabogados.com

MANIZALES - PEREIRA - ARMENIA - IBAGUE - NEIVA - CALI - CARTAGO - MEDELLIN - APARTADO - BOGOTA - GIRARDOT - BUCARAMANGA

mandamiento de pago contra la entidad demandada, lo que indefectiblemente conduce a que no se pueda tener una sentencia de fondo acorde a los derechos invocados, lo que solo conduce a que los derechos de mi representado queden en lo que se podría decir, un limbo jurídico, en una denegación de justicia y consecuentemente la violación de derechos fundamentales.

Ahora bien, existiendo pronunciamientos del Consejo de Estado, que definen el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es necesario que no se desconozca el precedente judicial vertical, pues debe tenerse en cuenta que el Honorable Consejo de Estado en sala plena (órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa), ya se pronunció mediante sentencia del 27 de marzo de 2007 Consejero Ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ). Demandante: JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ. Demandado: Municipio de Santiago de Cali., providencia que unifico el criterio respecto a la acción que debe iniciarse en de los casos relacionados con la mora en el pago de las cesantías así:

"(...) El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. La Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, consagró tal derecho a favor de todos los servidores públicos. El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación. El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador. En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975. Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro. En el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada
Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA: Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625
www.giraldoabogados.com



GIRALDO & LÓPEZ QUINTERO
Abogados y Asociados

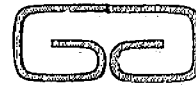
pago en forma retroactiva. A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. El Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998. Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación. En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.
(...)

"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: a) La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías. b) La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. c) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir varias posibilidades: c.1) Las reconoce oportunamente pero no las paga. c.2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente. c.3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga. c.4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente. d) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido. 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, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. Ahora, la acción de grupo no es la vía idónea para reclamar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas toda vez que su finalidad es indemnizatoria. En conclusión: 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

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada
Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA: Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625
www.giraldoabogados.com

MANIZALES - PEREIRA - ARMENIA - IBAGUE - NEIVA - CALI - CARTAGO - MEDELLIN - APARTADO - BOGOTA - GIRARDOT - BUCARAMANGA



GIRALDO & LÓPEZ QUINTERO

Abogados y Asociados

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 acudirse 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, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

"(...)

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, reconocimiento de sanción moratoria, 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. 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 para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada

Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625

www.giraldoabogados.com

MANIZALES - PEREIRA - ARMENIA - IBAGÜE - NEIVA - CALI - CARTAGO - MEDELLÍN - APARTADO - BOGOTÁ - GIRARDOT - BUCARAMANGA

a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad". 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 (...)".
(Subrayado fuera del texto)

Como puede extraerse de la sentencia transcrita, **la competencia en los asuntos de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a menos que el funcionario cuente con el acto administrativo que le reconoció las cesantías y un acto administrativo que reconozca la sanción moratoria por el pago tardío, situación que no acontece en los casos bajo examen**, pues tras presentar reclamación administrativa ante la entidad demandada, la misma negó de manera expresa el derecho, por lo cual se demandó la nulidad del mismo, adicional a ello en la resolución que reconoció las cesantías tampoco figura orden de pago por concepto de sanción moratoria.

Ahora bien, es importante recordar que la Corte Constitucional al referirse al **precedente vertical**, ha sostenido que las decisiones que profieran los jueces de superior jerarquía no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que **es un deber de ineludible cumplimiento**, para que se pueda garantizar en un mínimo la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, principalmente cuando se trate de órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones y por tanto los jueces de menor jerarquía deben dar cumplimiento a la jurisprudencia que haya fijado el órgano de cierre de su jurisdicción, como lo es en este caso la sentencia del 27 de marzo de 2007 de la sala plena del Consejo de Estado.

En este sentido, de la manera más respetuosa considero su señoría que con la remisión del presente proceso a los Juzgados Laborales se ha incurrido en desconocimiento del precedente judicial, debido a que como se demostró, contrario a lo decidido, el Honorable Consejo de Estado ha sido claro y enfático en sentencia que unifico el criterio, que la mora en el pago de las cesantías debe ser demandada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que es la competente para conocer este tipo de acciones.

Solicito tener en cuenta recientes pronunciamientos de esta corporación proferidos en acciones de tutela donde se han amparado los derechos fundamentales de los accionantes en casos suscitados por los mismos hechos que se presentan en esta acción. Dichas providencias son:

1. Consejo de Estado - Sección Cuarta, Consejero Ponente DR. HUGOFERNANDO BASTIDAS BARCENAS proferido el 16 de diciembre de 2015 dentro de la acción de tutela N°. 2015-02376, Actor: Bertha Aurora Hernandez Barbosa, Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección segunda – Subsección “A”, donde amparó los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, **REVOCANDO** la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección segunda – Subsección “A” y ordenando que se continúe con el trámite legal.
2. Consejo de Estado - Sección Cuarta, consejero Ponente DR. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ, proferido el 2de diciembre de 2015 dentro de la acción de tutela N°. 2015-01991, Actor: Maria Constanza Duran Pinilla, Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección .

segunda – Subsección “C”, donde amparó los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, **REVOCANDO** la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección segunda – Subsección “C” y ordenando que se continúe con el trámite legal.
3. Consejo de Estado - Sección Segunda, consejero Ponente, Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE proferido el 5 de octubre de 2015 dentro de la acción de tutela N°. 2015-02377, Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona, Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección segunda – Subsección “A”, donde amparó los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, **REVOCANDO** la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección segunda – Subsección “A” y ordenando que se continúe con el trámite legal.
4. Para mayor conocimiento sobre la indiscutible competencia que le asiste a los Juzgados Administrativos para conocer de la presente demanda, apporto junto con el presente escrito la reciente sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, teniendo como M.P. a la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, el 16 de julio del 2015, expediente

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada
Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA: Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625
www.giraldoabogados.com

rad. No. 150012333000 201300480 02 (1447-2015), la cual ya fue citada y resuelve una excepción de falta de jurisdicción.

5. Como prueba de la negativa a librar mandamiento de pago por parte de los Juzgados Laborales del Circuito de Cartagena, anexo con el presente recurso reciente pronunciamiento del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, mediante el cual se decidió dentro del proceso 13001-3105-003-2015-00493-00, de fecha 29 de enero de 2016, que al no constituirse título ejecutivo dentro de ese asunto, se niega el mandamiento de pago. Es de aclarar que ese proceso fue en su momento remitido por el Juzgado Doce Administrativo De Cartagena, juzgado que actualmente cambió su concepto sobre la remisión de estos asuntos a los juzgados laborales y ha decidido conocer nuevamente los procesos que le han sido repartidos.

PETICIÓN ÚNICA

Por las razones que anteceden, solicito se deje sin valor ni efecto la providencia de fecha 02 de febrero de 2016, por medio de la cual se ordenó remitir el presente proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de Cartagena, y en consecuencia se reponga el auto en mención, ordenándose la admisión de la demanda, asumiendo el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena su conocimiento.

Atentamente,

JANNINA JACKELINE ARIZA GAMERO.

C.C. No.32.935.544 de Cartagena.

T.P. No. 188.308 del C.S de la Judicatura.

CARTAGENA: Centro Calle del Cuartel - Casa del Educador No. 36-32 Ciudad Amurallada

Teléfonos: 664 0196 - 664 0187 Celulares: 314 7784078 - 314 7762191

BARRANQUILLA Carrera 53 No. 74-86 Of. 309 Edif. Caribe Plaza Tels. 317 7928 - 317 7943 - 317 7990 Cel. 310 4581625

www.giraldoabogados.com

MANIZALES - PEREIRA - ARMENIA - IBAGUE - NEIVA - CALI - CARTAGO - MEDELLIN - APARTADO - BOGOTA - GIRARDOT - BUCARAMANGA

[illegible]

En consecuencia el Despacho al considerar el presente asunto, considera el Despacho oportuno que se proceda al estudio del Sub-examen como un procedimiento para la providencia de fines de diligencia de esta naturaleza en el Consejo Superior de la Judicatura. Esta Jurisdicción en donde se resuelve el conflicto negativo no genera presentación entre el Juzgado Doce Administrativo y el Jefe de Contengencia y esta Judicialura, atribuyendole la competencia del Sub-Judice. Pues en su parte motiva lo dispone de la siguiente manera:

LA SECRETARIA

1910: 62 0100 10000

Boy cuenta al señor Juez con el presente informe
de la parte demandante respecto a diversos hechos
que le han ocurrido desde su ingreso al Departamento de

SECRETARIAL:

REF. PROCESO EJECUTIVO LABORAL
COMANDANTE: MARIA EUGENIA SOLANO BEJARANO
FONDO NACIONAL DE LA NACION. MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL
FONDO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS
SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA
COMUNICACION: 13001-3105-003-2015-00493-00

REF. PROCESO EJECUTIVO LABORAL
MANDANTE: MARIA EUGENIA...

- A la suma de \$11,186.925 correspondiente a la indemnización de Un (1) día de salario por cada día de retardo hasta que se hizo efectiva la totalidad de las cesantías parciales.
- Los intereses moratorios causados desde el 28 de noviembre de 2011 momento en que se hizo efectiva el pago de las cesantías parciales.
- Los Intereses moratorios causados desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha en que se produzca el pago de la adeudada.
- Las costas del proceso.

De conformidad con las normas legales, especialmente el artículo 145 del C.P.C. y la Ley 100 de 1993 con sus decretos reglamentarios aplicable en materia laboral por el principio de interpretación de la norma del art. 145 del C.P. del 1.º sea cual fuere el origen de la obligación para que pueda demandarse ejecutivamente se requiere de ciertas características: a) Que la obligación sea expresa, b) Que la obligación sea clara, c) Que la obligación sea exigible, d) Que la obligación provenga del deudor o de su representante, e) Que el documento constituya plena prueba contra el deudor.

Al revisar Sub-examina, se tiene que los documentos que el procurador judicial de la accionante hace valer son la libreta de pago correspondiente a Resolución No. 2309 de 21 de junio de 2011 (Folios 22 a 24), certificación de FIDUPREVISORA (Folio 25) en donde se refleja que la actora contaba para la época con cesantías por el valor de \$1,020,000 consignadas por el Fondo del Magisterio, el documento en donde se solicita el reconocimiento de la sanción moratoria (Folio 18).

En lo que respecta a la ejecución de la sanción moratoria esta se encuentra en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, es necesario traer a colación la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de Jesús María Lemus Bermúdez, expedida bajo el No. 760001-23-31-000-2500-0214 del 11 de mayo de 2011, se refirió en la providencia de cuatro de mayo de 2011, en donde se resolvió la Corporación en ponencia de Ruth Stella Correa Pachón, expedida bajo el No. 19001-23-31-000-1998-02300-01 (1998), en donde se dispuso lo siguiente:

En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procedal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible, y que el documento que provenga del deudor o de su representante, el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre el cumplimiento 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 no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de la adeudada por parte de la administración.

20

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra entidad." (Negrilla fuera del texto original).

De acuerdo a lo esgrimido en esta providencia, se puede dilucidar que no debe confundirse el derecho reclamado (sanción moratoria) con el documento que sirve de título ejecutivo, y que para la administración por medio del cual se reconoce el derecho a la sanción moratoria.

De esta manera se considera oportuno precisar que cuando se trate de la sanción moratoria contemplada en el artículo segundo de la Ley 446 de 1998 se está en presencia de un título ejecutivo complejo que requiere del formato por los siguientes documentos:

- Acta final que reconoce el derecho a la cesantía.
 - Documento que dé cuenta del pago efectivo de la cesantía por parte del tomador legal.
 - Existencia de reclamación a la administración de la sanción moratoria generada por la tardanza en el pago de la cesantía.
 - Acto administrativo que reconozca la obligación por sanción moratoria de la administración.
- Al examinar el sub-examine, se observa que se carece del acto administrativo que reconozca la sanción moratoria, pues dentro del expediente se encuentra un oficio No. 2014RE5365 (folio 20) en la cual la administración manifiesta el reconocimiento de la misma, mas no el acto administrativo que este último no constituye un acto administrativo.

Por lo tanto al no encontrarse aportado dentro del proceso el acto administrativo por medio del cual se reconoce la sanción moratoria, no existe título ejecutivo alguno, en donde conste la obligación expresa y exigible. Por lo tanto, el Despacho no tiene fundamento de pago.

Por lo tanto de tener una posición contraria a la manifestada, se requiere que no es necesario el acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria, la posición del Despacho es la correcta, pues al estudiar la Resolución No. 1617 de 13 de mayo de 2013 (folio 25-27), por medio de la cual se reconoce las obligaciones reclamadas, se tiene que si bien se encuentra

15.

76

Tomar, 28-11-18

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, 16 de diciembre de 2015.

REF.: Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del
Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sentencia de tutela de primera instancia

La Sala decide la tutela interpuesta por Bertha Aurora Hernández Barbosa contra el auto del 4 de agosto de 2015, proferido por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que: (I) anuló la sentencia del 16 de mayo de 2015 del Juzgado Once Administrativo de Descongestión de Bogotá; (II) remitió el proceso ordinario a los juzgados laborales del circuito de Bogotá, y (III) propuso conflicto negativo de competencias, siempre y cuando el juzgado laboral correspondiente no asumiera el conocimiento del asunto.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Bertha Aurora Hernández Barbosa, por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el auto del 4 de agosto de 2015, pues, a su juicio, vulneró el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

"[...] solicito se deje sin valor ni efecto la providencia proferida el 4 de agosto de 2015 emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección A por medio del cual invalidó la sentencia proferida por el juez de primera instancia y remitió el proceso a los juzgados laborales del circuito de Bogotá, y en consecuencia, ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección A que siga conociendo de esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y se pronuncie de fondo sobre la apelación presentada".

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca la siguiente información:

Expediente N° 11001-03-16-000-2016-02376-00
 Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
 Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
 Sentencia de tutela de primera instancia

2

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció las cesantías parciales a Bertha Aurora Hernández Barbosa.

Que, el 29 de mayo de 2013, Bertha Aurora Hernández Barbosa solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de la indemnización por mora en el pago de cesantías.

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no respondió esa solicitud.

Que la señora Hernández Barbosa promovió proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto ficto negativo que denegó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías².

Que, por sentencia del 26 de mayo de 2015, el Juzgado Once Administrativo de Descongestión de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda y, a título restablecimiento del derecho, ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que pague a la actora la indemnización reclamada.

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio apeló dicha decisión y, por auto de ponente del 4 de agosto de 2015, la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: INVALIDAR la sentencia proferida en audiencia por el Juzgado Once (11) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Segunda, el 26 de mayo de 2015, las demás actuaciones conservan su validez.

SEGUNDO: REMITIR el presente proceso a los Juzgado Civiles del Circuito de Bogotá – Cundinamarca (reparo), por conducto de la Secretaría de la Subsección, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: En caso de que el despacho a quien corresponda este proceso no acepte los argumentos expuestos, este tribunal propone desde ya colisión negativa de jurisdicciones³.

A juicio del tribunal, la competente para conocer el asunto es la jurisdicción ordinaria, pues la parte actora reclama el cumplimiento de un título ejecutivo complejo.

² La señora Hernández Barbosa también demandó al Ministerio de Educación Nacional.

³ Folio 17.

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

3. Argumentos de la tutela

La parte actora alegó que la providencia cuestionada desconoció el precedente vigente al momento de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que señalaba que ese era el mecanismo procedente para reclamar la indemnización por mora en el pago de cesantías.

Que, en efecto, en providencia del 16 de julio de 2014, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió un conflicto de jurisdicciones idéntico al promovido por la autoridad judicial demandada, en el sentido de señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para resolver demandas de nulidad y restablecimiento del derecho promovidas contra actos que deniegan la sanción por mora en el pago de cesantías.

Que así debe ser porque el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer de las controversias sobre la legalidad de los actos administrativos, como lo es el que deniega la indemnización por mora en el pago de cesantías.

Que, además, ocurre que los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral asumen el conocimiento de los asuntos remitidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y deciden en el sentido de denegar el mandamiento de pago, por no encontrar probado el título ejecutivo complejo.

Que *"si los jueces ordinarios laborales no consideran que existe título ejecutivo complejo y por ende no libran mandamiento de pago sin duda lo que se presenta es una denegación de justicia para el administrado pues no tiene ninguna vía para demandar, ya que no puede demandar por la vía contencioso administrativa en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho porque le dicen que no es la jurisdicción competente y no puede demandar por la vía ordinaria laboral en proceso ejecutivo porque los jueces no libran mandamiento de pago"*⁴.

⁴ Folio 6.

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

3. Intervención de la autoridad judicial demandada: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

El magistrado ponente de la providencia cuestionada se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela. En ese sentido, alegó lo siguiente:

Que la tutela no cumplió el requisito de subsidiariedad porque: (i) la parte demandante no recurrió el auto del 4 de agosto de 2015, de modo que el tribunal demandado pudiera examinar los argumentos que ahora sustentan la solicitud de amparo, y (ii) existe otro mecanismo en trámite: el conflicto de jurisdicciones suscitado ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Que el auto objeto de tutela no incurrió en desconocimiento del precedente judicial, pues tuvo sustento en un pronunciamiento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁵, que, en calidad de autoridad competente para resolver los conflictos de jurisdicción, determinó que los jueces laborales son los competentes para conocer de las controversias suscitadas por la sanción por mora en el pago de cesantías.

4. Intervención de terceros con Interés

4.1. Ministerio de Educación Nacional (demandado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho)

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional se limitó a afirmar que la tutela es improcedente porque la parte actora no demostró la vía de hecho cometida por la providencia cuestionada.

4.2. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (demandado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho)

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no intervino, pese que se lo notificó el auto admisorio de la demanda de tutela⁶.

⁵ El tribunal demandado citó la providencia del 3 de diciembre de 2014, expediente: 11001-01-02-000-2014-02162-00.

⁶ Folio 128.

50

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00

Demandante: Bertha Auroja Hernández Barboza

Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sentencia de tutela de primera instancia

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser eficaz para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado como mecanismo transitorio, siempre que esté plenamente acreditada la razón para conceder la tutela.

A partir del año 2012⁷, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁸, se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es, la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se esté cuestionando una sentencia de tutela. Además, debe examinar si el demandante identificó y sustentó la

⁷ Ver sentencia del 31 de julio de 2012.

⁸ Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01. La Sala Plena precisó:

"2.1.11.- Entonces, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela sí procede contra las providencias del Consejo de Estado, materializadas en autos y sentencias, en la medida en que la Corporación hace parte de una de las ramas del poder público -Rama Judicial-, conforme con los artículos 113 y 116 de la Constitución y, por tanto, es una autoridad pública.

Aceptar la procedencia de la acción de tutela contra las providencias del Consejo de Estado, no es otra cosa que aceptar la prevalencia de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, desarrollar los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 4, 6, 121 y 230 Constitucionales.

2.1.12.- No puede perderse de vista que los autos y sentencias que profieren los jueces de las distintas jurisdicciones, incluidos los órganos que se encuentran en la cúspide de la estructura judicial, pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas".

Expediente N° 11001-03-16-000-2015-02378-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

causal específica de procedibilidad y expuso las razones que sustentan la violación o amenaza de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades frente a las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada vulneró o dejó en situación de amenaza derechos fundamentales.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución.

Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

La tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones de los jueces y, por tanto, no puede admitirse, sin mayores excepciones, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Es de esa manera que se estudia una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela.

2. Del caso concreto

Bertha Aurora Hernández Barbosa alegó que la providencia del 4 de agosto de 2015 desconoció el precedente judicial vigente al momento de la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto al tema de la jurisdicción competente para conocer los conflictos suscitados frente a actos que deniegan la sanción por mora en el pago de cesantías.

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

La parte actora explicó que ese precedente judicial fue fijado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido de señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer de los conflictos suscitados frente a actos que deniegan la sanción por mora en el pago de cesantías.

Previo a plantear el problema jurídico, conviene decir que en casos similares la Sala ha dicho que el precedente obligatorio es el fijado por el Consejo de Estado, puesto que la decisión cuestionada fue proferida por una autoridad judicial que pertenece a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es decir, la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca debe seguir el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado, por tratarse del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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.

Cuando se hace referencia al precedente judicial, en términos generales, se alude a la forma en que un caso similar ya ha sido resuelto en el pasado y que sirve como referente para que se decidan otros conflictos semejantes. Ese precedente, por su pertinencia, debe ser considerado por el juez al momento de decidir el nuevo caso.

La Corte Constitucional ha dicho que la aplicación del precedente judicial implica que⁹: *"un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consunción jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación"*.

Ahora bien, el precedente judicial es de dos tipos: (i) el horizontal, que incluye las decisiones que dictó el mismo juez u otro de igual jerarquía, y (ii) el vertical, que está

⁹ Sentencia T-158 de 2006.

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02378-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

conformado por las decisiones de los jueces de superior jerarquía, en especial, las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

En cuanto al precedente horizontal, y en especial al que atañe a las providencias que dictan los jueces de igual jerarquía, conviene decir que la observancia no es tan rigurosa como la que se predica del precedente vertical. En efecto, es apenas comprensible que, en virtud de la autonomía judicial, entre jueces de la misma jerarquía existan criterios de interpretación y decisión distintos frente a casos análogos. Es en ese momento, entonces, que la decisión del superior jerárquico o del órgano de cierre, según el caso, adquiere capital importancia para efectos de preservar la seguridad jurídica y garantizar el derecho fundamental a la igualdad, en tanto que fija una regla jurisprudencial de decisión frente a casos análogos y, por contera, unifica la disparidad de criterios existente entre los inferiores jerárquicos.

En cuanto al precedente vertical, la Corte Constitucional ha dicho que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía —y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones— no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de ineludible cumplimiento. Es decir, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, los funcionarios judiciales se encuentran vinculados a la regla jurisprudencial que haya fijado el órgano de cierre de cada jurisdicción.

Dicho de otro modo: las situaciones fácticas iguales deben decidirse conforme con la misma solución jurídica que ha previsto el órgano de cierre de cada jurisdicción, a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente. Cuando un juez no aplica la misma razón de derecho ni llega a la misma conclusión jurídica al analizar los mismos supuestos de hecho, incurre en una vía de hecho y, de contera, viola el derecho a la igualdad.

No obstante la importancia de la regla de vinculación del precedente judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que esa sujeción no es absoluta, pues no se puede desconocer la libertad de interpretación que rige la actividad judicial. Simplemente se busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma.

Por esa razón, se ha advertido que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente fijado por el superior jerárquico, siempre que explique de

manera expresa, amplía y suficiente las razones por las que modifica su posición, de ahí que al juez corresponde la carga argumentativa de la separación del caso resuelto con anterioridad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que el juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical cuando: "(i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia"; y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo".

En resúmenes cuentas, para examinar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, por desconocimiento del precedente judicial, se deben observar las siguientes reglas:

1. El demandante debe identificar el precedente judicial que se habría desconocido y exponer las razones por las que estima que se desconoció.
2. El juez de tutela debe confirmar la existencia del precedente judicial que se habría dejado de aplicar. Esto es, debe identificar si de verdad existe un caso análogo ya decidido.

10 Sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Además, en esta oportunidad se sostuvo: "El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recorren una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido relaciones decididas, que los ciudadanos legítimamente siguen".

11 Ver, entre otras, las sentencias T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2003.

12 Sobre el tema, ver entre otras, la sentencia T-482 de 2011.

13 Sobre el tema, la Corte Constitucional ha dicho: "la existencia de un precedente no depende del hecho de que se haya dictado una sentencia en la cual se contenga una regla de derecho que se estime aplicable al caso. Es necesario que se demuestre que efectivamente es aplicable al caso, para lo cual resulta indispensable que se aporten elementos de juicio -so argumente- a partir de las sentencias. Quien alega, tiene el deber de indicar que las sentencias (i) se refieren a situaciones similares y (ii) que la solución jurídica del caso (su ratio decidendi), no de ser aplicada en el caso objeto de análisis. También podrá demandarse la aplicación del precedente, por vía análoga" (se destaca).

Expediente N° 11001-03-15-000-2016-02370-00
 Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
 Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
 Sentencia de tutela de primera instancia

10

- III. Identificado el precedente judicial, el juez de tutela debe comprobar si se dejó de aplicar.
- IV. Si, en efecto, el juez natural dejó de aplicarlo, se debe verificar si existen diferencias entre el precedente y el conflicto que decidió, o si el juez expuso las razones para apartarse del precedente judicial. Si existen diferencias no habrá desconocimiento del precedente judicial. Aunque los casos sean similares, tampoco habrá desconocimiento del precedente si el juez expone las razones para apartarse.
- V. El precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión (*ratio decidendi*). La razón central de la decisión surge de la valoración que el juez hace de las normas frente a los hechos y el material probatorio en cada caso concreto¹⁴
- VI. Si no se acató el precedente judicial la tutela será procedente para la protección del derecho a la igualdad.

En el sub lite, la providencia del 4 de agosto de 2015, dictada por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, concluyó que, según el precedente fijado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, los jueces laborales, mediante la acción ejecutiva, son los competentes para conocer de reclamos judiciales asociados a la sanción por mora en el pago de cesantías.

Para la autoridad judicial demandada, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo procedente para reclamar la sanción moratoria, pues existe un "título ejecutivo complejo" que debe hacerse efectivo ante los jueces laborales. En palabras del tribunal demandado:

"En forma reciente el Consejo Superior de la Judicatura en providencia de 3 de diciembre de 2014, radicación No. 11001010200020140216200 con ponencia del Dr. Néstor Iván Javier Osuna, rectificó la posición y asignó nuevamente el conocimiento del reconocimiento de la sanción moratoria a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, así:

[...] La Sala resalta que 'no es el nomen iuris de la demanda lo que determina la jurisdicción a tramitar el proceso, sino la real pretensión y objeto del litigio', de tal modo

¹⁴ Para la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* es "la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive". Ver, por ejemplo, la sentencia T-443 de 2010.

25.

53

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de supremo tribunal de conflictos, interpretar con carácter vinculante las normas que atribuyen competencias a las jurisdicciones que entran en colisión. Esta labor interpretativa está íntimamente ligada al análisis del caso concreto que consiste en la verificación de la realidad procesal de lo que se pretende con la demanda, integrando para ello las circunstancias de hecho y derecho que la rodean y condicionan.

En otras palabras, lo que realmente pretende, desde el punto de vista sustancial o material, es obtener por la vía judicial el pago de la sanción moratoria prevista en la ley por el pago inoportuno de aquellas cesantías que ya han sido reconocidas – con orden de pago – por parte de la entidad estatal demandada.

Dejando entonces de un lado el título de 'medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho' de las demandas inicialmente presentadas en estos asuntos, la Sala encuentra que la pretensión última de los servidores públicos es materializar en su caso específico las consecuencias jurídicas establecidas en el parágrafo del artículo 5 de la ley 1071 de 2006 por el pago extemporáneo de las cesantías.

(...) De acuerdo con lo establecido en el punto inmediatamente anterior, el litigio o controversia judicial que surge tiene como elemento central determinante la consecuencia jurídica por el hecho de la inacción en el pago efectivo de las cesantías del servidor público, de modo que el pretendido debate sobre el control de legalidad a la respuesta negativa dada por la autoridad administrativa obligada por la ley al pago de la sanción moratoria se torna, más que necesario, en absolutamente irrelevante e innecesario.

(...) Al no requerirse un proceso judicial declarativo y de condena, lo que procede en casos como el aquí analizado es la acción ejecutiva, la cual debe dirigirse a la jurisdicción ordinaria, pues tal proceso ejecutivo no se subsume ni encuadra dentro de los 4 supuestos que contempla el artículo 104.6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁵ – ley 1437 de 2011.

En consecuencia, el proceso ejecutivo correspondiente deberá ser conocido por los jueces laborales y de la seguridad social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.5 del CPTSS, modificado por la ley 712 de 2001 según el cual '(la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de... (la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no corresponden a otra autoridad'. Esta última disposición resulta además concordante con la cláusula general y residual de competencia que distingue a la jurisdicción ordinaria, tal como lo establece el inciso 2° del artículo 12 de la Ley estatutaria 270 de 1996.

Accesoriamente, la Sala señala que esta posición resulta concordante con la asumida por la Sección Segunda + Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia del 24 de marzo de 2011 (Rad. 27001-23-31-000-2008-00114-01 (0489-10), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardilla). En aquella ocasión, el Consejo de Estado declaró la falta de jurisdicción del contencioso administrativo y remitió a la jurisdicción ordinaria laboral el expediente, para que por vía del proceso ejecutivo laboral se obtuviese el pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantía de un servidor público' (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

[...]

De la redacción del artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 se establece que los títulos ejecutivos allí enumerados son taxativos y no enunciativos al señalar que 'para los efectos de este Código constituyen... título ejecutivo...' y dentro de la relación que hace la norma, no figura el cobro de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

En este orden de ideas, la controversia en mención se tipifica en el caso previsto en el numeral 5° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, toda vez que se trata de la ejecución de una obligación emanada de una relación de trabajo y del sistema de

¹⁵ "Los ejecutivos derivados de las condenas impositas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción así como los provenientes de los arbitrajes en que hubiera sido parte una entidad pública; e, finalmente los originados en los contratos celebrados por una entidad (subrayado fuera del texto)".

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

12

seguridad social que no está asignada a esta jurisdicción, por lo tanto el conocimiento del presente proceso corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral.

En consecuencia, esta jurisdicción especial no es competente para conocer, tramitar ni decidir el presente asunto, por carecer de jurisdicción¹⁶.

Ahora bien, para determinar si se configuró el desconocimiento del precedente judicial, es necesario citar el precedente fijado por el Consejo de Estado y contrastarlo con las circunstancias fácticas del caso de la señora Bertha Aurora Hernández Barbosa.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de marzo de 2007¹⁷ unificó la posición frente al tema de las acciones procedentes para reclamar judicialmente la sanción por mora en el pago de cesantías, en los siguientes términos:

**La Ley 244 de 1995, textualmente establece:*

[...]

Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que puedan 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 ahudidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y establecimiento 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

¹⁶ Folios 13 a 16.

¹⁷ Para el efecto, la Sala cita el aparte transcrito por el actor en la demanda de tutela.

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

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 mora en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.

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 completo (subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, mediante auto del 16 de junio de 2015¹⁸, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo:

**En este orden de ideas decir que el conocimiento del presente asunto es de la Justicia Ordinaria Laboral con el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías que junto con la Ley 244 de 1994 conforma un título ejecutivo complejo que se debe ejecutar ante citada jurisdicción, no corresponde a un entendimiento real y efectivo de la jurisdicción y de las competencias señaladas en la ley para conocer y decidir los diferentes asuntos propuestos por los administrados.*

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado (subrayado fuera de texto).

Ahora bien, de acuerdo con la información del expediente, en el caso de la actora están probadas las siguientes situaciones: (i) que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció las cesantías parciales a la señora Hernández Barbosa; (ii) que, el 29 de mayo de 2013, la actora solicitó la indemnización por mora en el pago de cesantías; (iii) que esa solicitud no fue respondida, y (iv) que la señora Hernández Barbosa promovió proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto ficto negativo que donegó sanción moratoria.

¹⁸ Expediente: 15001-23-33-000-2013-00480-02.

28.

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

Como se ve, ante la falta de certeza sobre el derecho a la indemnización por mora en el pago de cesantías, la señora Hernández Barbosa formuló solicitud ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero eso como esa autoridad no respondió fue necesario tener por configurado el acto ficto negativo y ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para la Sala, esa situación se encuadra en los requisitos exigidos por el Consejo de Estado para la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que la actora plantea una discusión sobre la legalidad del acto administrativo ficto que denegó la sanción por mora en el pago de cesantías.

La acción ejecutiva ante los jueces laborales no era procedente, toda vez que no existía un acto que reconociera la sanción moratoria ni tampoco hay certeza sobre la procedencia de esa sanción. Justamente, al ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la actora busca constituir un título ejecutivo que le permita reclamar la indemnización a la que dice tener derecho.

La decisión adoptada por el tribunal demandado dejaría a la actora sin mecanismo para reclamar la sanción moratoria, puesto que los jueces y tribunales laborales ordinarios al estudiar asuntos idénticos han denegado el mandamiento de pago, por falta de título ejecutivo complejo. Es decir, la negativa de decidir la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho deriva en que la demandada se quede sin posibilidad de ejercer el derecho de acción frente a la sanción por mora en el pago de cesantías.

Vale la pena poner de presente que en casos de tutela idénticos, las Secciones Cuarta y Segunda del Consejo de Estado han concluido que se configuró el desconocimiento del precedente judicial¹⁹.

El problema jurídico queda resuelto, la providencia cuestionada incurrió en desconocimiento del precedente judicial, pues, contrario a lo que decidió, el Consejo de Estado ha señalado que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sí es competente para conocer de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos que deniegan la indemnización por mora en el pago de cesantías.

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias dictadas en los expedientes 11001-03-15-000-2015-02377-00, 11001-03-15-000-2015-02049 y 11001-03-15-000-2015-02380-00.

Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

En consecuencia, se ampararán los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a la administración de justicia, se dejará sin efecto la providencia cuestionada y se ordenará a la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que solicite a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (reparto) el expediente contentivo a la demanda de la señora Hernández Barbosa y continúe con el trámite de segunda instancia, relativo al recurso de apelación interpuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia de 26 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Once Administrativo de Descongestión de Bogotá.

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

FALLA

1. Amparar los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a la administración de justicia de la señora Bertha Aurora Hernández Barbosa.
2. Dejar sin efecto el auto de 4 de agosto de 2015, proferido por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento promovida por Bertha Aurora Hernández Barbosa contra el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
3. Ordenar a la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, en los 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, solicite a los juzgados laborales del circuito de Bogotá (reparto) el expediente contentivo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Hernández Barbosa y continúe con el trámite de segunda instancia, relativo al recurso de apelación interpuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia de 26 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado Once Administrativo de Descongestión de Bogotá.
4. Si no se impugna, enviar el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

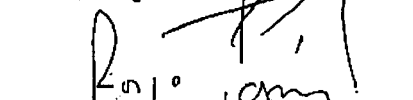
Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00
Demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa
Demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sentencia de tutela de primera instancia

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.


MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección


HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS


CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ


JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Folio de firmas de la sentencia dictada en el expediente N° 11001-03-15-000-2015-02376-00, demandante: Bertha Aurora Hernández Barbosa, demandado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

RECEIVED BY THE SECRETARY OF THE
GOVERNMENT OF THE DEPARTMENT OF CUNDINAMARCA
11-2-2016

31

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA



Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2015-01991-00
Accionante: MARIA CONSTANZA DURÁN PINILLA
Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "C"
Tema: TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL. DEFECTO SUSTANTIVO. COMPETENCIA SANCIÓN MORATORIA CESANTÍAS
Decisión: AMPARA DERECHOS FUNDAMENTALES

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por la señora MARÍA CONSTANZA DURÁN PINILLA, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

ANTECEDENTES

El 3 de agosto de 2015¹, MARIA CONSTANZA DURÁN PINILLA, por conducto de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "C", por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

¹ Información consultada en el registro del Sistema de Gestión.

1. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

"Por las razones que anteceden, solicito se deje sin valor ni efecto la providencia proferida el 10 de julio de 2015 emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" por medio del cual declaró la falta de jurisdicción para conocer de este proceso, invalidó la sentencia proferida por el juez de primera instancia y remitió el proceso a los juzgados laborales del circuito de Bogotá, y en consecuencia ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" que siga conociendo de esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y se pronuncie de fondo sobre la apelación presentada".

2. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. La accionante presentó demanda ejecutiva laboral en contra de la Nación - Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ante los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, con el fin de que se librara mandamiento ejecutivo de pago por concepto de mora en el pago de las cesantías y por los intereses causados.

2.2. La demanda correspondió al Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, quien por auto del 21 de octubre de 2013, negó el mandamiento de pago solicitado por la demandante.

2.3. Consideró el juzgado que el título presentado no cumplía con las exigencias de los artículos 488 y 497 del C.P.C., pues que lo pretendido era que se librara mandamiento ejecutivo de pago por concepto de indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías, sanción que no podía ser reconocida a través de un proceso ejecutivo, porque debía existir una decisión previa del deudor.

2.4. Decidió entonces la accionante instaurar demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, concretamente en ejercicio del medio de

control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se declarara la nulidad del acto ficto resultante de la petición instaurada por la actora el 24 de mayo de 2013, en la que solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago de cesantías y, a título de restablecimiento del derecho, pidió el reconocimiento y pago de los días de mora.

2.5. En audiencia inicial llevada a cabo el 23 de abril de 2015, el juzgado luego de agotadas las etapas respectivas, profirió decisión en la que accedió a las pretensiones de la demanda y en consecuencia condenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al pago de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, del 18 de agosto de 2011 al 13 de mayo de 2012, para un total de 266 días adeudados.

2.6. La decisión se apeló ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", quien en providencia del 10 de julio de 2015, declaró la falta de jurisdicción para conocer del medio de control y en consecuencia, ordenó la remisión del expediente a los juzgados laborales del circuito, al considerar que era de competencia de dicha jurisdicción.

2.7. Consideró el tribunal que la jurisdicción para conocer de conflictos en los que se debate el pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, fue definida por el Consejo Superior de la Judicatura en distintos pronunciamientos tales como la providencia del 3 de diciembre de 2014, en la que se dirimió un conflicto de competencias de esta naturaleza.

2.8. Concluyó que en los procesos en los que se discute el pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, la acción procedente es la ejecutiva, la cual debe adelantarse ante la jurisdicción ordinaria laboral porque no se objeta el reconocimiento de un derecho incierto, asunto propio de un proceso declarativo y porque la ejecución de actos administrativos no corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

2.9. La decisión fue notificada por estado fijado el 14 de julio de 2015 (fl. 119 vuelto).

3. Fundamentos de la acción

De la lectura al escrito de tutela, advierte la Sala que la accionante pretende plantear la existencia de una "via de hecho" por defecto sustantivo, al tener que ver con las reglas de competencia para conocer del presente asunto.

Dijo que de acuerdo con la postura del Consejo Superior de la Judicatura, es la existencia de título ejecutivo complejo lo que genera que el proceso se lleve por la vía ejecutiva laboral y no el querer de las partes, pero si los jueces ordinarios laborales no consideran que exista título ejecutivo complejo y por ende no libran mandamiento de pago, a su juicio lo que se presenta es una denegación de justicia, pues no existe ninguna vía para demandar.

Recordó que en su momento presentó demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral pero que se negó librar mandamiento de pago, por lo que enviar nuevamente el proceso allí, conllevaría a obtener nuevamente un resultado adverso.

Sostuvo que la posición variable del Consejo Superior de la Judicatura, no puede afectar la seguridad jurídica y dejarla sin herramientas jurídicas.

4. Trámite impartido e intervenciones

4.1. Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por parte de este Despacho, mediante providencia del 12 de agosto de 2015, se ordenó notificar a las partes, y se dispuso la vinculación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, al Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como terceros con interés (fl. 32).

Posteriormente por auto del 10 de septiembre de 2015 se reiteró la solicitud al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá con el fin de que fuera allegado el expediente ordinario (fl. 93) y, en providencia del 15 de octubre de 2015 se ordenó la vinculación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 141).

4.2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", indicó que contra la decisión proferida por la Corporación, procedía recurso de reposición conforme lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 318, parágrafo 3° de la Ley 1564 de 2012.

Por otra parte, manifestó que no se incurre en una vía de hecho con la providencia que se cuestiona, pues que esta tuvo fundamento en decisión del Consejo Superior de la Judicatura quien ha tenido una posición en relación con la discusión en torno al pago tardío de las cesantías.

Señaló que tal como lo advirtió la actora, la jurisdicción laboral a la que acudió previamente le había negado el mandamiento de pago, de tal manera que esto evidenciaba la competencia en cabeza de esa jurisdicción quien hizo el estudio correspondiente y llegó a esa conclusión.

4.3. El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, señaló que se avocó el conocimiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto la accionante provocó un pronunciamiento de la administración al petitionar el pago de la sanción moratoria de lo cual obtuvo una respuesta desfavorable, lo que la habilitó para acudir ante esta jurisdicción.

Esto por cuanto hasta ese momento no existía un derecho cierto que le permitiera su ejecución, cosa distinta a cuando el interesado está de acuerdo con el monto de las cesantías adeudado, pronunciamiento que constituye un título ejecutivo al contener una obligación reconocida por la entidad deudora, clara, expresa y exigible.

36
163

Posteriormente por auto del 10 de septiembre de 2015 se reiteró la solicitud al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá con el fin de que fuera allegado el expediente ordinario (fl. 93) y, en providencia del 15 de octubre de 2015 se ordenó la vinculación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 141).

4.2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", indicó que contra la decisión proferida por la Corporación, procedía recurso de reposición conforme lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 318, parágrafo 3° de la Ley 1564 de 2012.

Por otra parte, manifestó que no se incurre en una vía de hecho con la providencia que se cuestiona, pues que esta tuvo fundamento en decisión del Consejo Superior de la Judicatura quien ha tenido una posición en relación con la discusión en torno al pago tardío de las cesantías.

Señaló que tal como lo advirtió la actora, la jurisdicción laboral a la que acudió previamente le había llegado el mandamiento de pago, de tal manera que esto evidenciaba la competencia en cabeza de esa jurisdicción quien hizo el estudio correspondiente y llegó a esa conclusión.

4.3. El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, señaló que se avocó el conocimiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto la accionante provocó un pronunciamiento de la administración al petitionar el pago de la sanción moratoria de lo cual obtuvo una respuesta desfavorable, lo que la habilitó para acudir ante esta jurisdicción.

Esto por cuanto hasta ese momento no existía un derecho cierto que le permitiera su ejecución, cosa distinta a cuando el interesado está de acuerdo con el monto de las cesantías adeudado, pronunciamiento que constituye un título ejecutivo al contener una obligación reconocida por la entidad deudora, clara, expresa y exigible.

4.4. La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, señaló que los fundamentos fácticos de la presente acción, no tienen relación alguna con las competencias y funciones asignadas a dicha entidad.

4.5. El **Ministerio de Educación**, manifestó que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva al no ser superior jerárquico de las Secretarías de Educación ni de la Fiduciaria La Previsora S.A.

Que son las entidades territoriales certificadas quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales, bien sean de origen administrativo o por orden judicial y que su pago corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4.6. El **Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá** y el **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, no se pronunciaron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política, *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto"*.

Este mecanismo fue concebido por el constituyente para la protección inmediata, oportuna y adecuada, ante situaciones de amenaza o vulneración, de los derechos fundamentales, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. La acción, sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales que permitan proteger los derechos fundamentales del tutelante, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1. Problema juridico

Corresponde a la Sala determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", incurrió en un defecto sustantivo al considerar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no era competente para conocer de la controversia planteada por la accionante y, dispuso que debía remitirse el asunto a los juzgados laborales, basado en pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales, como ha sido reconocido por la Corte Constitucional, entre otras, en la **sentencia C-590 de 2005**, y por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la **sentencia del 31 julio 31 de 2012**, que unificó su jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y posteriormente, en la **sentencia de agosto 5 de 2014**, en la que unificó su jurisprudencia sobre la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las sentencias del mismo Consejo de Estado, y respecto de las condiciones o requisitos para su procedencia.

Sentencia en la que la Corte Constitucional precisó los requisitos generales y especiales, o eventos determinantes, de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de julio 31 de 2012. Radicado: 2009-01328-01(IJ). M.P. Martha Elizabeth García González. Según la providencia: "...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, [...]".

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de agosto 5 de 2014. Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

El Consejo de Estado, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, diferenció los siguientes dos requisitos o condiciones que debe acreditar el juez de tutela para que prospere el amparo:

En primer lugar, son requisitos para que proceda el estudio de una acción de tutela contra una providencia judicial, los siguientes: i) deber del actor de precisar los hechos y las razones en que se fundamenta la acción, ii) deber del actor de cumplir con el requisito de subsidiariedad de la acción, al no contar o haber agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales en sede del juez natural, iii) cumplir con el requisito de inmediatez de la acción, iv) acreditar que el asunto es de evidente relevancia constitucional y, finalmente, v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

En segundo lugar, al citar la sentencia C-590 de 2005, de la Corte Constitucional, indicó que son requisitos o causas especiales, para que proceda la acción en el caso concreto, que esta adolezca de alguno de los siguientes defectos: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

En todo caso, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es **excepcional**, de allí que la interpretación de los requisitos generales y de los defectos específicos en la providencia, deba ser restrictiva, a la luz de los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso de amparo, y que se exija un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la providencia judicial objeto de la acción.

3. Análisis del caso concreto

Para la Sala, de conformidad con la jurisprudencia antes señalada, los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se cumplen, razón por la que se debe verificar si se vulneraron los derechos fundamentales alegados por la parte accionante.

3.1. Defecto material o sustantivo

Es aquel vicio relacionado con la interpretación y aplicación de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, que tiene una incidencia directa en la decisión y del que se puede predicar que de forma *directa* y *autónoma* lesiona los derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el defecto material o sustantivo se produce cuando el juez toma una decisión con fundamento en normas inexistentes, inconstitucionales o inaplicables al caso, lo que genera una contradicción evidente entre los fundamentos y la decisión.

Así, en la sentencia SU-159 de 2002, con relación a su constatación, precisó:

"...el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto⁶, bien sea, por ejemplo (i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la

⁶ "Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994, pueden consultarse, entre varias, las sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra".

excepción de inconstitucionalidad⁷, (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional⁸, (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional⁹ o, (v) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador".

Este defecto también puede presentarse cuando se interpreta una disposición en forma incompatible con las circunstancias fácticas y, por tanto, la interpretación dada por el juez resulta a todas luces improcedente. Frente al defecto sustantivo por interpretación errónea, la jurisprudencia ha sido enfática en predicar que no cualquier interpretación inadecuada puede considerarse vulneradora del derecho al debido proceso, sino que esta debe ser abiertamente arbitraria y carecer de razonabilidad.

En la sentencia de unificación SU-448 de 2011, al referirse al defecto sustantivo, y las circunstancias en las que convierte en vía de hecho una providencia judicial, se explicó:

"...En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el ámbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales.

"Al respecto ha señalado que se presenta, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, 'no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador'; (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o 'la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes' o cuando en una decisión judicial 'se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial'; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes, (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) cuando un

⁷ "Cfr. sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Para la Corte 'es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos porque los procesos se adelantan ante jueces especializados', razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad".

⁸ "Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de 'no reformatio in pejus'".

⁹ Cfr., por ejemplo, las sentencias T-804 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza 'para un fin no previsto en la disposición'; (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso; (vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto".

5.2. Se considera también que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (vii) cuando la actuación no está justificada en forma suficiente [57] de manera que se vulneran derechos fundamentales; (viii) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial. O (ix) 'cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución'.¹⁰

En atención a lo anterior, si bien el juez ordinario goza de autonomía e independencia para interpretar y aplicar las disposiciones del ordenamiento jurídico, el ejercicio de estas potestades no puede ser caprichoso.

3.1.1. Encuentra la Sala que la accionante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demandó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declarara la nulidad del acto ficto negativo configurado con ocasión de la petición interpuesta el 24 de mayo de 2013, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías.

El tribunal como argumento de su decisión, consideró que la jurisdicción competente era la ordinaria laboral, por cuanto lo que se debate es el pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Indicó que esa postura fue definida por el Consejo Superior de la Judicatura y citó una providencia del 3 de diciembre de 2014 en la que se dirimió un conflicto de competencias de esta naturaleza, para concluir entonces que "en los procesos en los que se discute el pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, la acción procedente es la ejecutiva, la cual debe adelantarse ante la jurisdicción ordinaria laboral porque no se objeta el reconocimiento de un derecho incierto, asunto propio de un proceso declarativo y porque la ejecución de actos administrativos no corresponde a la jurisdicción de lo

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-448 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. La postura asumida en esta sentencia fue reiterada en la sentencia SU-917 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

42 166

contencioso administrativo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011".

3.1.2. Advierte la Sala¹¹ que sobre la materia ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos idénticos al planteado, en donde se ha sostenido lo siguiente:

"Al respecto, la Sala advierte que, en primer lugar, las decisiones adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura si bien pueden servir como guía para los jueces en algunos casos particulares, no constituyen un precedente aplicable para los tribunales administrativos, pues es esta Corporación, como máximo órgano, la que fija las reglas jurídicas a las que deben ceñirse las autoridades judiciales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además, se encuentra que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no ha sostenido un criterio uniforme respecto del tema en estudio¹², pues en un caso idéntico al de la actora declaró competente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que una docente pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha fijado su postura de la siguiente manera:

➤ "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.¹³

¹¹ Sentencia 5 de noviembre de 2015. Expediente 2015-2375. Actor: Gilma Inés Ramírez de Méndez. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Sentencia del 29 de octubre de 2015. Exp. No. 2015-2380. Actor: Héctor Guillermo Gordillo Acosta. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

¹² Ver providencia del 16 de julio del 2014, MP Angelino Lizcano Rivera, Rad: 2014-01494-00.

¹³ Sentencia 21 de septiembre del 2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E). Rad: AC-2015-02049-00. Actora: Maria Chiquinquirá Prieto Castillo.

Para la Sala es evidente que la Sección Segunda, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto hizo una indebida interpretación del precedente jurisprudencial, pues en el caso de la señora Ramírez de Méndez no existe un acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria, para que sea viable acudir al proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria laboral".

3.1.3. En el presente caso, la accionante como se dijo, pidió a la administración el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995 por el no pago oportuno de las cesantías, solicitud que no fue resuelta, lo que llevó a que se configurara el silencio administrativo negativo y por tanto a que se habilitara a demandar el acto ficto surgido de dicho silencio.

En este orden de ideas, se trata de un proceso declarativo, donde está de por medio un acto administrativo cuya nulidad se pretende y donde 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.

3.1.4. Frente al punto relacionado con el desconocimiento de las normas, se observa que en este caso se dejan de aplicar en debida forma los postulados del CPACA en materia de competencia, pues el artículo 104 de dicho estatuto, contempla que esta jurisdicción conoce de asuntos originados en un acto administrativo, entre otros, donde se encuentre involucrada una entidad pública. Para el caso, se dispone lo siguiente:

"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. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

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. (Negrilla fuera del texto)

(...)

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%."

De allí se deriva la aplicación del artículo 138 que regula el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

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

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

De esta manera, se advierte que al ser el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio una entidad pública y al existir un acto ficto negativo demandable relacionado con el pago de una acreencia laboral por virtud de una relación legal y reglamentaria, la jurisdicción competente es la contencioso administrativa.

3.1.5. En tal virtud, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la accionante María Constanza Durán Pinilla. En consecuencia se dejará sin efectos la providencia del 10 de julio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" y se dispondrá que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, emita un nuevo pronunciamiento en el que sean tenidas en cuenta las consideraciones hechas en la presente providencia.

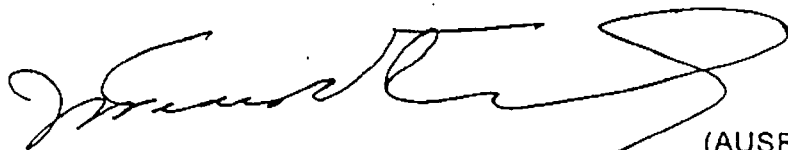
En mérito de lo expuesto, la **Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **AMPÁRANSE** las pretensiones formuladas por la señora **MARÍA CONSTANZA DURÁN PINILLA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **DÉJASE SIN EFECTOS** la providencia del 10 de julio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", y en consecuencia **ORDÉNASE** que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, se emita un nuevo pronunciamiento por dicha Corporación, en el que sean tenidas en cuenta las consideraciones hechas en la presente providencia.
3. **NOTIFÍQUESE** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
4. De no ser impugnada la presente providencia, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.



MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA
Presidenta de la Sección

(AUSENTE CON PERMISO)
HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS



CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ



JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ

CONSEJO DE ESTADO
SECRETARÍA GENERAL
RECIBIDO EN ESTA SECRETARÍA
04 DIC 2015



46

94

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "B"

Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02377-00

Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona

Demandados: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por el señor Luis Carlos Valbuena Gaona, en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "A".

ANTECEDENTES

La solicitud y las pretensiones

El señor Luis Carlos Valbuena Gaona, por intermedio de apoderado en ejercicio de la acción de tutela solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, principio de legalidad y seguridad jurídica que estimó lesionados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "A", al proferir el auto de 4 de agosto de 2015 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el actor en tutela contra el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



47.2
25

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó: I) se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica; II) se deje sin efecto la providencia de 4 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; III) se ordene a la autoridad judicial accionada que asuma el conocimiento de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y continúe con el trámite del recurso de apelación interpuesto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia de 7 de mayo de 2015 dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá.

Los hechos y consideraciones del actor.

El apoderado del accionante expuso como hechos relevantes de la solicitud de amparo los siguientes (fls 1 - 9):

Indicó que el señor Luis Carlos Valbuena Gaona ha prestado sus servicios como docente a distintos centros educativos del Departamento de Cundinamarca y el Distrito Capital de Bogotá.

Sostuvo que mediante escrito de 28 de mayo de 2013 le solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción por mora como consecuencia del retardo en el pago de las cesantías del demandante de conformidad con lo dispuesto en la Ley 244 de 1955 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Relató que ante la ausencia de respuesta por parte de la entidad, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto ficto o presunto que le negó el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Explicó que la demanda correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, quien mediante audiencia inicial celebrada el 7 de mayo de 2015 dictó sentencia declarando configurado el acto presunto negativo, la correspondiente nulidad de la decisión de la administración,



48

3

96

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00

Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona

ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

y ordenó el respectivo pago de la sanción moratoria pretendida a favor del demandante.

Afirmó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "A", mediante providencia de 4 de agosto de 2015 invalidó la sentencia recurrida y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá para que tramitara el asunto como un proceso ejecutivo.

Manifiesta que interpone acción de tutela porque considera que la providencia del Tribunal incurrió en vía de hecho por defecto procedimental al invalidar la sentencia de 7 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, y remitir el proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, para que se tramitara como un ejecutivo, desconociendo que no existe título ejecutivo que contenga la obligación pretendida.

Advierte que el Tribunal no podía alegar su falta de competencia para tramitar la demanda mediante el mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho, porque lo que se está cuestionado es la legalidad de un acto administrativo ficto o presunto que como tal no contiene una obligación clara, expresa y exigible respecto del valor de la sanción moratoria pretendida, y por lo tanto es el juez competente para dirimir la controversia planteada.

Aduce que la providencia del Tribunal se sustenta una decisión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura que desconoce el principio de confianza legítima y genera inseguridad jurídica, pues dispone remitir los asuntos que reclaman el pago de sanciones moratorias de cesantías a la jurisdicción ordinaria laboral, quien al recibir los procesos se niega a dar trámite a las demandas, por no existir título ejecutivo, limitando el derecho a acceder a la administración de justicia.



49

4

97

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Intervenciones.

Mediante el auto de 7 de septiembre de 2015 se ordenó la notificación a las partes accionadas y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso (fls 37 - 38).

Surtidas las comunicaciones de rigor, el **Ministerio de Educación**, mediante escrito visible a folios 46 a 48 señaló que a partir de la demanda de tutela no se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales del actor en tutela, por cuanto el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Luis Carlos Valbuena Gaona se surtió con sujeción a las normas procesales en virtud de las cuales se le garantizó a cada una de las partes la oportunidad de expresar sus pretensiones y argumentos en torno a la solicitud de pago de cesantías retardadas.

Indicó que la providencia acusada realizó una interpretación en los diferentes pronunciamientos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura en torno a la competencia del juez para resolver una controversia en la que se solicite el pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías, siendo ello un acto de plena autonomía judicial, frente a lo cual no tuvo injerencia el Ministerio, por lo que no se le puede endilgar el desconocimiento de derechos fundamentales.

Afirmó que el accionante, en la solicitud de amparo, no demuestra en qué consiste la presunta vulneración de los derechos fundamentales, razón por la que solicita que se niegue la acción de tutela.

Por su parte el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, (fls 49 – 54), manifestó que la acción de tutela presentada por el señor Luis Carlos Valbuena no es procedente, porque la providencia de 4 de agosto de 2015 cuestionada se profirió con fundamento en unos argumentos de derecho esbozados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura como encargada de dirimir conflictos de jurisdicción, de conformidad con lo previsto en los artículos 256 numeral 6º de la Constitución Política y 112 numeral 2º de la Ley 270 de 1996,



50

5

98

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

que en un caso particular le atribuyó la competencia para resolver el pago de la sanción moratoria a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Adicionalmente sostuvo que la solicitud de amparo es improcedente, por cuanto el accionante contaba con otros mecanismos de defensa judicial, pues la providencia objeto de debate no fue recurrida oportunamente, para que el Tribunal reexaminara el caso ante la preocupación del accionante de que la jurisdicción ordinaria laboral no está librando mandamiento de pago, evento en el cual la parte cuenta también con los recursos ordinarios para controvertir tal decisión.

Aduce que el debate jurídico aún no ha culminado, toda vez que el asunto se debe tramitar ante la jurisdicción ordinaria, espacio en el cual el accionante puede elevar los argumentos expuesto en la presente acción de tutela, por lo que no se puede predicar la afectación, cierta y presente de derechos fundamentales.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se rechace por improcedente el amparo de tutela invocado, al evidenciarse que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa ante la autoridad judicial que está tramitando la demanda ejecutiva.

A su vez, el apoderado del señor **Luis Carlos Valbuena Gaona** (fls 79 – 80), insiste en los argumentos expuestos en el escrito de tutela, y solicita que se acceda al amparo de los derechos fundamentales invocados, por cuanto afirma que los jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria Laboral no están dando trámite a las demandas que solicitan el pago de la sanción moratoria por el retardo en la cancelación de cesantías, porque, las peticiones carecen de título ejecutivo que contenga una obligación clara, expresa y exigible, e indican que el mecanismo judicial adecuado es la nulidad y restablecimiento del derecho para que se declare el derecho y se constituya el título que permita hacer exigible la obligación.



51 6 99

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente solicitud de tutela ejercida contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A” en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000, el cual establece reglas para el reparto de esta acción constitucional.

Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

La acción de tutela contra decisiones judiciales.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la



52 7 100

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera Instancia

decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.



53

101

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

"cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas¹, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente², se consideran pruebas inadmisibles³ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁴, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, "deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo", de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez".

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

"Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba "debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia"⁵.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el

¹ Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

² Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998:

"en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica..."

³ El artículo 29 de la Carta dispone que "[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

"Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción."

⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵ Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.



54⁹ 102

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

"El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional".

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende "las formalidades legales esenciales". En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:



55

103

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

"...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales..."

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: lo anterior porque 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. (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: señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (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. (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: con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas



56

11

104

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera Instancia

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: indica la Corte que 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, si 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: lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (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: 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. (e) Error inducido: que se presenta cuando el juez o



57

105

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

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. (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 fundamental vulnerado. (h) Violación directa de la Constitución: procede 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.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de "cualquier autoridad pública" (C. P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

En tercer lugar, porque la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada,



58

106

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales⁶, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012⁷, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, "observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente", parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos⁸.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al invalidar la sentencia de 7 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, y ordenar remitir el proceso a los Juzgados Ordinarios Laborales del Circuito de Bogotá, incurrió en una vía de hecho por error procedimental que hace procedente el amparo de tutela.

⁶ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: 1) 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. 2) 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. 3) 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. 4) 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. 5) 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. 6) 2 Nov 2004, e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. 7) 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. 8) 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁷ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

⁸ Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse las siguiente providencias: 1) 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. 2) 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 3) 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 4) 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. 5) 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Victor Hernando Alvarado Ardila. 6) 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. 6) 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. 7) 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 8) 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. 9) 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 10) 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.



59

107

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera Instancia

De la Procedencia de la acción de tutela por la inexistencia de otros medios de defensa.

Previo a resolver el problema jurídico planteado, y con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, es importante precisar que el ordenamiento procesal diferencia y regula de manera diferente el trámite ante la declaratoria de falta de jurisdicción y la de falta de competencia.

Así pues, la falta de competencia opera dentro de cada jurisdicción en los eventos en que el juez decide abstenerse de conocer sobre determinado asunto, porque al revisar las reglas de competencia considera que carece de facultades o poderes para pronunciarse sobre el mismo; mientras que la falta de jurisdicción ocurre cuando la materia sometida a la consideración del juez, no corresponde en absoluto a la esfera de sus poderes y deberes en su función de administrar justicia, sino a las atribuciones de otros órganos del poder público.

Así mismo, es necesario destacar que Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), y la Ley 1564 de 2012⁹ (Código General del Proceso), establecen que declarada la falta de competencia o jurisdicción se deberá remitir el expediente a la jurisdicción competente.

La remisión del expediente a la jurisdicción que se cree es la competente, faculta a quien recibe el proceso a, según el caso, asumir su conocimiento o suscitar un conflicto de competencia, caso en el cual el Consejo Superior de la Judicatura por

⁹ "Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente.

Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará. La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas. El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse" (*Resaltado fuera del original*).



60

108

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

mandato de la Constitución Política tiene el deber de dirimir el conflicto formulado (numeral 6 del artículo 256).

Con base en lo expuesto, se estima que la determinación de la jurisdicción es un elemento esencial en el marco del derecho fundamental al debido proceso, que implica la garantía de ser juzgado por el funcionario judicial a quien el ordenamiento jurídico previamente le ha atribuido dicha competencia. Su importancia es de tal entidad, que la previsión contenida en el artículo 29 de la Constitución, está desarrollada en el ordenamiento procesal con figuras que buscan la declaratoria de falta de jurisdicción (rechazo de la demanda, excepciones previas, nulidades insanables) y que imponen el deber de remitir el proceso a quien se cree es el competente.

Dicho esto es necesario precisar que, contra el auto que decide la falta de jurisdicción no es procedente recurso judicial alguno. En primer lugar, porque así lo mandan las normas que regulan el conflicto de competencia por falta de competencia, y en segundo lugar, porque se estaría atribuyendo a un juez de segunda instancia una competencia que no tiene, cual es, la de definir la jurisdicción competente para el conocimiento de un determinado asunto¹⁰.

Así las cosas, frente al caso concreto se observa que si bien la providencia de 4 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no declara explícitamente la falta de jurisdicción para pronunciarse sobre la demanda instaurada por el señor Luis Carlos Valbuena Gaona, si resuelve invalidar la sentencia de 7 de mayo de 2015 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá argumentando que esta jurisdicción especial no es competente para conocer, tramitar ni decidir el presente asunto, por carecer de jurisdicción.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 685 de 26 de septiembre de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Lo anterior, porque a juicio del Tribunal la controversia planteada por el demandante se tipifica en el caso previsto en el numeral 5° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, toda vez que se trata de una ejecución de una obligación emanada de una relación de trabajo y del sistema de seguridad social que no está asignada a la jurisdicción contencioso administrativa y por lo tanto el conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral.

En efecto, se advierte que la decisión adoptada por el Tribunal comporta una declaratoria de falta de jurisdicción y remite la demanda instaurada por el señor Luis Carlos Valbuena Gaona contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a los Juzgados Ordinarios Laborales para que se trámite el asunto bajo las formalidades del proceso ejecutivo.

Así pues, como quiera que se trata de un auto que decide la falta de jurisdicción, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para resolver un asunto, y contra dicha decisión no procede recurso alguno, por tal motivo dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, este mecanismo de amparo resulta procedente para estudiar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el señor Luis Carlos Valbuena Gaona.

Análisis del caso concreto

El apoderado del señor Luis Carlos Valbuena Gaona plantea la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica, por cuanto considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir el auto de 4 de agosto de 2015 incurrió en vía de hecho por defecto procedimental al invalidar la sentencia de 7 de mayo de 2015 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, y remitir el proceso a los Juzgado Laborales del Circuito de Bogotá, para que se tramitara



62

17

110

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera Instancia

como un ejecutivo, desconociendo que no existe título ejecutivo que contenga la obligación pretendida.

Advierte que el Tribunal no podía alegar su falta de competencia para tramitar la demanda mediante el mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho, porque lo que se está cuestionado es la legalidad de un acto administrativo ficto o presunto que como tal no contiene una obligación clara, expresa y exigible respecto del valor de la sanción moratoria pretendida, y por lo tanto es el juez competente para dirimir la controversia planteada.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se hace necesario destacar lo siguiente:

El señor Luis Carlos Valbuena Gaona en junio de 2014 presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando lo siguiente (fls 21 – 36 cuad anexo).

"DECLARACIONES:

1. Declarar LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 28 DE AGOSTO DE 2013, frente a la petición radicada el 28 DE MAYO DE 2013 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, toda vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional – Fonpremag.
2. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto configurado el día 28 DE AGOSTO DE 2013, frente a la petición presentada el día 28 DE MAYO DE 2013, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA (...) establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 (...)
3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 (...)"

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, quien mediante audiencia inicial de 7 de mayo de 2015



63

18

211

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda (fls 77 – 82 cuad anexo).

La anterior providencia fue objeto de recurso de apelación por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien por Auto de 4 de agosto de 2015 invalidó la providencia del juez de primera instancia y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Ordinarios Laborales del Circuito de Bogotá (reparto) para que se tramitara el asunto como un ejecutivo, con fundamento en lo siguiente (fls 128 – 134 cuad anexo).

"(...)

En forma reciente el Consejo Superior de la Judicatura en providencia de 3 de diciembre de 2014, radicación No. 11001010200020140216200 con ponencia del Dr. Néstor Iván Javier Osuna, rectificó la posición y asignó nuevamente el conocimiento del reconocimiento de la sanción moratoria a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, así:

"(...) La Sala resalta que "no es el nomen juris de la demanda lo que determina la jurisdicción a tramitar el proceso, sino la real pretensión y objeto del litigio", de tal modo que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de supremo tribunal de conflictos, interpretar con carácter vinculante las normas que atribuyen competencias a las jurisdicciones que entran en colisión. Esta labor interpretativa está íntimamente ligada al análisis del caso concreto que consiste en la verificación de la realidad procesal de lo que se pretende con la demanda, integrando para ello las circunstancias de hecho y derecho que la rodean y condicionan.

En otras palabras, lo que realmente pretende, desde el punto de vista sustancial o material, es obtener por la vía judicial el pago de la sanción moratoria prevista en la ley por el pago inoportuno de aquellas cesantías que ya han sido reconocidas – con orden de pago – por parte de la entidad estatal demandada.

Dejando entonces de un lado el rotulo de "medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho" de las demandas inicialmente presentadas en estos asuntos, la Sala encuentra que la pretensión última de los servidores públicos es materializar en su caso específicamente las consecuencias jurídicas establecidas en el parágrafo del artículo 5 de la ley 1071 de 2006 por el pago extemporáneo de las cesantías.

(...) De acuerdo con lo establecido en el punto inmediatamente anterior, el litigio o controversia judicial que surge tiene como elemento central determinante la consecuencia jurídica por el hecho de la mora en el pago efectivo de las cesantías del servidor público, de modo que el pretendido debate sobre el control de legalidad a la respuesta negativa dada por la autoridad administrativa obligada por la ley al pago de la sanción moratoria se torna, más que accesorio, en absolutamente irrelevante e innecesario.



64

19

112

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00

Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona

ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

(...) Al no requerirse un proceso judicial declarativo y de condena, lo que procede en casos como el aquí analizado es la acción ejecutiva, la cual debe dirigirse a la jurisdicción ordinaria, pues tal proceso ejecutivo no se subsume ni encuadra dentro de los 4 supuestos que contempla el artículo 104.6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹ – ley 1437 de 2011.

En consecuencia, el proceso ejecutivo correspondiente deberá ser conocido por los jueces laborales y de la seguridad social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.5 del CPTSS, modificado por la ley 712 de 2001 según el cual "(l) la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de... (l) la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no corresponden a otra autoridad". Esta última disposición resulta además concordante con la cláusula general y residual de competencia que distingue a la jurisdicción ordinaria, tal como lo establece el inciso 2º del artículo 12 de la Ley estatutaria 270 de 1996.

Accesoriamente, la Sala señala que esta posición resulta concordante con la asumida por la Sección Segunda – Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia del 24 de marzo de 2011 (Rad. 27001-23-31-000-2008-00114-01 (0489-10), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila). En aquella ocasión, el Consejo de Estado declaró la falta de jurisdicción del contencioso administrativo y remitió a la jurisdicción ordinaria laboral el expediente, para que por vía del proceso ejecutivo laboral se obtuviese el pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantía de un servidor público." (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

(...)

De la redacción del artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 se establece que los títulos ejecutivos allí enumerados son taxativos y no enunciativos al señalar que "para los efectos de este Código constituyen... título ejecutivo..." y dentro de la relación que hace la norma, no figura el cobro de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

En este orden de ideas, la controversia en mención se tipifica en el caso previsto en el numeral 5º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, toda vez que se trata de la ejecución de una obligación emanada de una relación de trabajo y del sistema de seguridad social que no está asignada a esta jurisdicción, por lo tanto el conocimiento del presente proceso corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral.

En consecuencia, esta jurisdicción especial no es competente para conocer, tramitar ni decidir el presente asunto, por carecer de jurisdicción.

De acuerdo con el contenido de la referida providencia, observa la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el auto cuestionado concluyó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no era el mecanismo adecuado para obtener el pago de la sanción moratoria pretendida por el señor Luis Carlos Valbuena Gaona por la cancelación inoportuna de sus cesantías,

¹¹ "Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiera sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades" (Subrayas fuera del texto)



Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

porque en su criterio, el medio idóneo para hacer efectiva su pretensión era la acción ejecutiva, por tal motivo, estimó que carecía de competencia para resolver el asunto y remitió el expediente a los Jueces Laborales del Circuito de Bogotá (reparto) para lo de su competencia.

En relación con la procedencia de la acción ejecutiva laboral para obtener el pago de la sanción moratoria por la cancelación inoportuna del auxilio de cesantías, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es preciso señalar que, no ha existido una posición uniforme entre los Tribunales, Juzgados y el mismo Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que unos consideran que el proceso ejecutivo es el mecanismo idóneo para obtener el pago de lo debido y otros dicen que no, en tanto es necesario provocar el pronunciamiento de la administración o de autoridad judicial que reconozca el derecho a recibir tal emolumento.

Para las autoridades judiciales que consideran que el proceso ejecutivo el medio idóneo para hacer efectivo el pago de la sanción moratoria toman como fundamento el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 que subrogó el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 concretamente, en lo atinente al enunciado *“para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”*, con lo que se concluye que la sanción opera de forma automática con la sola prueba del pago tardío, sin que sea necesario provocar un reconocimiento expreso de la administración, ni obtener una declaración del derecho vía judicial.

De otra parte, quienes consideran que el proceso ejecutivo no es el mecanismo procedente para obtener el pago de la sanción moratoria, aducen que esta vía judicial requiere de un acto jurídico concreto que contenga una obligación, clara, expresa y exigible a cargo de la entidad deudora que reconozca los emolumentos adeudados al interesado, pues de lo contrario se haría imposible hacer efectiva la ejecución.



66

114

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00

Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona

ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Lo anterior, porque el acto administrativo de reconocimiento de cesantías no constituye un título ejecutivo suficiente para hacer efectiva la obligación, sino un soporte más de la misma. Adicionalmente si bien la fuente de la obligación de pagar es de origen legal, no se puede considerar esta ficción como el título ejecutivo para cobrarla.

Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2007, se pronunció sobre los eventos en que procedería la acción ejecutiva laboral o el mecanismo de la nulidad y restablecimiento del derecho para obtener el pago de la sanción moratoria por la cancelación inoportuna de las cesantías con fundamento en lo siguiente:

"La Ley 244 de 1995, textualmente establece:

(...)

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 puede ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

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

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

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2.

En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa,



67 22

115.

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera Instancia

clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación.

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

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad."

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."¹² (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Acorde con lo mencionado, esta Subsección ha sostenido lo siguiente:

"(...)

En este orden de ideas decir que el conocimiento del presente asunto es de la Justicia Ordinaria Laboral con el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías que junto con la Ley 244 de 1994 conforma un título ejecutivo complejo que se debe ejecutar ante citada jurisdicción, no corresponde a un entendimiento real y efectivo de la jurisdicción y de las competencias señaladas en la ley para conocer y decidir los diferentes asuntos propuestos por los administrados.

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado. (...)"¹³ (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, radicado No. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Auto de 16 de Julio de 2015, radicado No. 150012333000 201300480 02 (1447-2015), Actor: Rosa María Rodríguez Obando, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



68

23

116

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Ahora bien conforme a la documentación allegada al expediente de tutela, se observa que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 6169 de 2 de diciembre de 2011 le reconoció al señor Luis Carlos Valbuena Gaona el auxilio de cesantías (fls 6 – 9 cuad anexo).

Teniendo en cuenta lo manifestado por el accionante en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho los emolumentos correspondientes a las cesantías fueron cancelados el día 14 de mayo de 2012 (fls 21 – 36).

Aduce el demandante que por haberse efectuado el pago de forma inoportuna el día 28 de mayo de 2013 presentó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando el reconocimiento pago de la sanción moratoria, sin embargo, al no obtener respuesta a la misma se configuró el acto administrativo presunto negativo.

Ante la eventualidad de no tener certeza sobre el derecho a recibir el pago de la sanción moratoria, el señor Valbuena Gaona promovió un pronunciamiento de la administración con el fin de obtener un acto administrativo que constituyera un título ejecutivo que le permitiera hacer efectivo el pago de la sanción moratoria, no obstante, al no disponer de una respuesta favorable por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio decidió acudir a la vía judicial mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho cuestionando la legalidad del acto ficto, con el objeto de que el Juez Contencioso Administrativo declarara el derecho y a través de una sentencia se estableciera el título ejecutivo para exigir el pago de los emolumentos pretendidos.

En este punto, es importante sostener que el Consejo Superior de la Judicatura al resolver un conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá y el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, señaló lo siguiente:



69 24 117

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

"(...)

En este orden de ideas, por la materia o naturaleza del asunto, teniendo como presupuesto que la demanda propuesta por la actora, lo es en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en procura de obtener, según las pretensiones, la declaratoria de nulidad del acto ficto derivado del silencio administrativo, frente a la petición incoada por la demandante el 24 de agosto de 2012, que negó el pago de la sanción moratoria y en consecuencia obtener el reconocimiento y cancelación de la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución No. 2888 del 7 de junio de 2011, más los intereses de dicha suma, le corresponderá conocerlo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa tal como lo previó la norma precitada, como habrá de declararlo la Sala, adscribiendo al **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**.

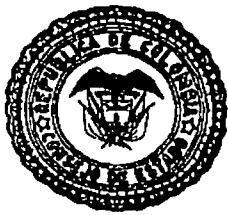
Además debe señalarse que las pretensiones de la demandante están encaminadas a que dicha jurisdicción declare nulo un acto ficto derivado del silencio de la administración pública y que como consecuencia de dicha declaración se ordene el resarcimiento de los derechos con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, es decir, en concordancia con la naturaleza declarativa del proceso contencioso administrativo. (...)”¹⁴

Así las cosas, es pertinente precisar que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha sostenido que, cuando se encuentre en discusión el derecho a recibir el pago de la sanción moratoria por la cancelación inoportuna del auxilio de cesantías, la vía judicial idónea para reclamar el derecho a recibir el emolumento pretendido es la nulidad y restablecimiento del derecho. Este argumento ha sido adoptado el Consejo Superior de la Judicatura en algunas de sus providencias.

En tal sentido, advierte la Sala que, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente asunto, debía sopesar las circunstancias fácticas y jurídicas que rodeaban la demanda del señor Luis Carlos Valbuena Gaona y darle trámite al asunto a través del mecanismo que menos inconvenientes de orden procesal pudiese provocar al ciudadano que decide acudir a la administración de justicia.

Lo anterior teniendo en cuenta que el objeto de la demanda se dirigía a cuestionar la legalidad de un acto presunto que negó el reconocimiento y pago de los emolumentos pretendidos por el demandante y como tal no existía certeza sobre la obligación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para, en tal sentido, se requería un pronunciamiento de las autoridades judiciales

¹⁴ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Auto de 16 de Julio de 2014, radicado No. 11001010200020140149400, M.P. Angelino Lizcano Rivera.



70

118

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera Instancia

que definiera el derecho que le podía asistir al demandante a recibir el pago de la sanción moratoria y de paso constituir el título ejecutivo que permitiera al demandante hacer efectivo el pago.

De esta manera, considera la Sala que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la providencia de 4 de agosto de 2015 mediante la cual decidió invalidar la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá por falta de jurisdicción y remitir el proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá para que se tramitara conforme las disposiciones del proceso ejecutivo laboral, desconoce los criterios adoptados por el Consejo de Estado según la cual la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, en estos eventos procede la acción ejecutiva.

En este orden de ideas, estima la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, incurrió en vía de hecho por defecto procedimental al invalidar la sentencia de 7 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá bajo el argumento de que el conocimiento del proceso correspondía al Juez Laboral por la vía ejecutiva y no al contencioso administrativo mediante el mecanismo de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Cabe agregar en este punto, que tal y como lo acredita en el apoderado del accionante en el presente trámite de tutela, la Jurisdicción Ordinaria Laboral en reiteradas oportunidades se ha negado a proferir mandamiento ejecutivo en los asuntos que se reclama el pago de la sanción moratoria por la cancelación inoportuna del auxilio de cesantías, porque no existe un título ejecutivo que cumpla con los requisitos previstos en los artículos 488 del C.P.C. y 100 del C.P.T., es decir, que se trate de una obligación clara, expresa y exigible.



26.
119.

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Así pues al remitir el expediente a la Jurisdicción Ordinaria Laboral para que por la vía ejecutiva se resuelva la reclamación del reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando no se cuenta con un título ejecutivo que contenga una obligación clara, expresa y exigible y cuando el juez contencioso administrativo ya se había pronunciado sobre la decisión negativa de la administración constituye una vulneración efectiva del derecho al acceso a la administración de justicia dejando en el limbo la resolución definitiva de las pretensiones del demandante y pasando por alto lo que sobre este punto ha sostenido esta jurisdicción.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se accederá al amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia invocados por el señor Luis Carlos Valbuena Gaona, se dejará sin efecto la providencia de 4 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección A, y se ordenará a la autoridad judicial accionada que solicite a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (reparto) el expediente contentivo a la demanda del señor Valbuena Gaona para que continúe con el trámite de segunda instancia, relativo al recurso de apelación interpuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia de 7 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: TUTÉLANSE los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor Luis Carlos Valbuena Gaona, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.



12

27

120

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

SEGUNDO: DÉJASE SIN EFECTOS el auto de 4 de agosto de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento instaurado por Luis Carlos Valbuena Gaona contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su lugar:

TERCERO: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A que en el término de cuarenta y ocho horas contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a solicitar a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (reparto) el expediente contentivo a la demanda del señor Valbuena Gaona para que continúe con el trámite de segunda instancia, relativo al recurso de apelación interpuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia de 7 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá.

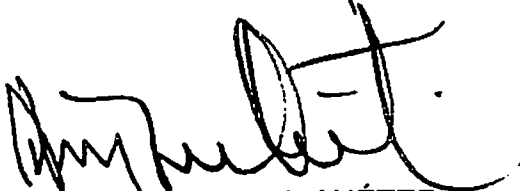
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.


GERARDO ARENAS MONSALVE


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER



73

120

Rad. 11001-03-15-000-2015-02377-00
Actor: Luis Carlos Valbuena Gaona
ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

SEGUNDO: DÉJASE SIN EFECTOS el auto de 4 de agosto de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento instaurado por Luis Carlos Valbuena Gaona contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su lugar:

TERCERO: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A que en el término de cuarenta y ocho horas contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a solicitar a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (reparto) el expediente contentivo a la demanda del señor Valbuena Gaona para que continúe con el trámite de segunda instancia, relativo al recurso de apelación interpuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia de 7 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.


GERARDO ARENAS MONSALVE


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

EXPEDIENTE N° 150012333000 201300480 02 (1447-2015)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: ROSA MARIA RODRIGUEZ OBANDO

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACA

ASUNTO: EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION

Ley 1437 de 2011

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 6 de mayo de 2015 (fl. 189), para resolver el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción y remitió las diligencias a los jueces civiles del Circuito de Chiquinquirá. Al respecto:

ANTECEDENTES



La señora ROSA MARIA RODRIGUEZ OBANDO, a través de apoderado y ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 instauró demanda contra el DEPARTAMENTO DE BOYACA con la finalidad de que se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del Acto Administrativo de 11 de enero de 2013, expedido por la Dirección Jurídica – Secretaría General del Departamento de Boyacá, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la Indemnización Moratoria por el pago tardío de las cesantías o la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998 y a título de restablecimiento del derecho que se reconozca la sanción moratoria de conformidad con la Ley 244 de 1995 y de acuerdo con lo previsto por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (fl. 2 y 3).

LA DECISION APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 declaró probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción.

xb

Manifestó que las controversias en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías han sido objeto de varios pronunciamientos en torno a la jurisdicción competente para conocer el asunto.

Afirmó que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, encargada de dirimir los conflictos de jurisdicción según las previsiones del artículo 256, numeral 6º de la Constitución Política y el artículo 112 numeral 2º de la Ley 270 de 1996, ha dicho que la competencia para conocer el presente asunto es de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y no de la Contencioso Administrativa; y como sustento de su dicho citó la providencia de 3 de diciembre de 2014, de esa colegiatura, en donde dirimió el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Quinto Laboral del Circuito y el Cuarto Administrativo de Pereira.

Dijo que con fundamento en la citada providencia las reglas de competencia que deben aplicarse para casos como el mencionado han de ser las previstas en el artículo 100 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 5º, numeral 2º de la Ley 712 de 2001 que modificó el Código Sustantivo del Trabajo y que dispone de manera respectiva que será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme y que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad de Seguridad Social conoce de la ejecución de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad, como quiera que existe un acto de reconocimiento de cesantías a la demandante el cual reconoció una obligación clara, expresa y exigible y lo que se persigue es el cumplimiento, y no se discute la legalidad del mismo.

77

En relación con el caso en concreto señaló que la actora pretende que se condene al Departamento de Boyacá a reconocer a la demandante la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de conformidad con la Ley 244 de 1995, a lo que se debe sumar que mediante la Resolución No 0184 de 21 de abril de 2005, se reconoció la suma de \$37.438.682 de los cuales \$32.722.049 corresponden al total de las cesantías, suma que fue cancelada el 10 de julio de 2008.

Concluyó que conforme a las previsiones del artículo 2º, numeral 5º, del Código Procesal del Trabajo, dicha jurisdicción conoce de los asuntos relacionados con la ejecución de obligaciones que emanen de la relación de trabajo y del sistema de seguridad integral que no correspondan a otra autoridad; y que como quiera que en el estatuto procesal administrativo únicamente establece competencia para conocer los procesos ejecutivos derivados de las condenas impuestas y de las conciliaciones aprobadas, lo mismo que de los laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública, el conocimiento de esta clase de acciones a partir de títulos ejecutivos como el constituido en este caso, se debe señalar que la competencia es de la Justicia Ordinaria Laboral. En consecuencia, declaró probada de oficio la falta de jurisdicción (fl. 184 y CD).

EL RECURSO DE APELACION

La parte demandante manifestó que es claro que la competencia para el conocimiento del presente asunto está radicada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, la pretensión se dirige a la anulación de un acto administrativo que negó el reconocimiento de la sanción moratoria



porque las cesantías se reconocieron de manera tardía a lo previsto en la Ley 244 de 1995.

Informó que han sido muchos los procesos adelantados y en la mayoría de ellos se estableció la competencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Agregó que hay posiciones diferentes pero que no son claras en cuanto a la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral para conocer este asunto; pero que está seguro que es de esta jurisdicción, pues, de no ser así todos los fallos proferidos por el Consejo de Estado y por los Tribunales quedarían en un limbo absoluto y habrían sido adoptados por autoridades judiciales sin competencia.

Indicó que en este caso hay un acto administrativo que sin duda decidió una petición cuyo enjuiciamiento debe ser ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y que el único que se ha apartado del conocimiento del presente asunto ha sido el ponente. Agregó que los conflictos originados en el punto ya fueron decididos por el Consejo Superior de la Judicatura quien señaló la competencia en esta jurisdicción (CD: minuto 26:57 a 34:50).

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

79

Para efectos de establecer la competencia en esta instancia para decidir el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la decisión del Tribunal de declarar probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción, se procederá de acuerdo con lo considerado por la Sala Plena¹ de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien al resolver un recurso de queja contra la decisión de no conceder el recurso de apelación contra el auto que no declaró probada la excepción previa de ineptitud parcial de la demanda propuesta por la demandada, dijo:

"(...) Así las cosas, no acertó el Tribunal en la decisión de no conceder el recurso de apelación contra la decisión que no declaró probada una excepción previa, toda vez que en los términos del artículo 180 del CPACA – norma especial- esa decisión es pasible o susceptible del recurso de apelación. Y, para efectos de competencia funcional, habrá que recurrir a lo dispuesto en el artículo 125 *ibídem*, es decir, que si la excepción que se declara probada da por terminado el proceso – por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la misma codificación – tendrá que ser proferida por la respectiva sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia; a contrario sensu, si la providencia no declara la excepción y, por lo tanto, no se desprende la finalización del plenario, entonces será competencia exclusiva del ponente, y en ambos casos será procedente el recurso de apelación, en el primer caso resuelto por la respectiva sala de decisión del Consejo de Estado, y en el segundo por el Consejero Ponente a quien le corresponda el conocimiento del asunto en segunda instancia.

En efecto, el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, determina que "el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del súplica, **"según el caso..."**, lo que significa que en procesos de primera instancia será procedente la apelación, mientras que tratándose de asuntos de única instancia lo procedente será el recurso de súplica.

Como se aprecia, la expresión "según el caso" sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un

¹ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. 25 de junio de 2014. Expediente No 25000233600020120039501 (49.299). Actor: "Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social (Recurso de Queja).

90

Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por el Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente –porque no se le pone fin al proceso- o por la Sala a la que pertenece este último –al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio- (...)” (Se subrayó).

En el caso *sub examine*, se trae a colación la providencia anterior, en razón a que se observa que la decisión de primera instancia, de declarar probada la excepción de falta de jurisdicción fue adoptada por el magistrado ponente, en virtud de que el proceso no se termina sino que se remite en el estado en que se encuentra a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

La Sala procede al estudio del recurso de apelación que el apoderado de la parte demandante presentó contra la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual procedió a declarar de oficio la excepción de falta de jurisdicción; sin embargo, se procede previamente a hacer alusión a las excepciones, presentación, trámite y decisión.

LAS EXCEPCIONES EN LA LEY 1437 DE 2011

Sobre las excepciones y la oportunidad que tiene la parte demandada para proponerlas, se debe acudir al artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, que dice:

"Artículo 175. Contestación de la demanda. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito que contendrá: (...)

3. Las excepciones (...) (Se resaltó).

81

La excepción hace parte de la potestad que tiene el demandado de presentar oposición al derecho que el demandante le reclama, y en el caso del procedimiento contencioso administrativo, es en la contestación de la demanda donde se proponen las excepciones con las cuales se pretende o se busca anular el derecho del actor.

TRAMITE DE LA EXCEPCIÓN

El mismo artículo 175, en el parágrafo 2º, dispone:

"Parágrafo 2º. Cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días".

DECISION DE LAS EXCEPCIONES

El artículo 180, numeral 6º, de la Ley 1437 de 2011, consagró las excepciones que se pueden formular en el proceso contencioso administrativo, lo mismo que la forma y oportunidad en que se resuelven. La norma dispone lo siguiente:

"Artículo 180. **Audiencia inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...)

6. ***Decisión de las excepciones previas.*** El juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosas juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

82

La excepción hace parte de la potestad que tiene el demandado de presentar oposición al derecho que el demandante le reclama, y en el caso del procedimiento contencioso administrativo, es en la contestación de la demanda donde se proponen las excepciones con las cuales se pretende o se busca anular el derecho del actor.

TRAMITE DE LA EXCEPCIÓN

El mismo artículo 175, en el parágrafo 2º, dispone:

"Parágrafo 2º. Cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días".

DECISION DE LAS EXCEPCIONES

El artículo 180, numeral 6º, de la Ley 1437 de 2011, consagró las excepciones que se pueden formular en el proceso contencioso administrativo, lo mismo que la forma y oportunidad en que se resuelven. La norma dispone lo siguiente:

"Artículo 180. **Audiencia inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...)

6. ***Decisión de las excepciones previas.*** El juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosas juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

83

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el juez o magistrado ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello hubiere lugar. Igualmente lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...)" (Se resaltó).

PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACION

De conformidad con los artículos 125, 180, numeral 6, y 243 de la Ley 1437 de 2011, es procedente el recurso de apelación. Dicen estas normas:

"Artículo 125. **De la expedición de providencias.** Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica".

"Artículo 180. **Audiencia Inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia inicial que se sujetará a las siguientes reglas: (...)

6. Decisión de las excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (...)

84

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...)"(Se subrayó).

"Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos: (...)

3. El que ponga fin al proceso (...)" (Se resaltó)

El Problema Jurídico

En el presente caso, el problema jurídico se circunscribe a determinar si la demanda presentada por la señora ROSA MARIA RODRIGUEZ OBANDO contra el Departamento de Boyacá para obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se debe remitir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral o es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la que tiene competencia para conocer sobre la legalidad del acto administrativo que negó la pretendida sanción.

Antes de adentrarnos en el análisis de la situación que es objeto de impugnación, se considera pertinente aludir a la normatividad que regula el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías cuando quiera que éstas no son canceladas al trabajador dentro de la oportunidad legal.

85

La Normatividad que Regula la Sanción Moratoria por el no Pago Oportuno de las Cesantías.

La Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, "por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de las cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones", señaló unos plazos para la expedición del acto de reconocimiento de las cesantías definitivas. Así en el artículo 1º se dispone:

"Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la 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".

En el artículo 2º de la misma normatividad, se estableció un plazo perentorio para el pago de la prestación, así:

"Artículo 2º.- 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.

Conforme a esta normativa, la entidad pública que tenga a su cargo el pago de las cesantías dispone del término de 45 días hábiles que se cuentan a partir de la fecha en que el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías quede en firme. Y para aquellos eventos en los cuales exista mora para el pago de las mismas, en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, se consagró la sanción por mora, así:

96

"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".

Además, en caso de existir mora, los organismos de control tienen la misión de garantizar que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos, cumplan con los términos señalados en la ley; y estarán vigilantes para que las cesantías sean canceladas en estricto orden en que fueron radicadas las solicitudes, ya que de lo contrario incurren los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.

Posteriormente, el 31 de julio de 2006, se expidió la Ley 1071 "por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación". En el artículo 4º, dispone:

"Artículo 4º. *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.

Ahora, en lo que tiene que ver con la oportunidad para el pago de las cesantías, en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, se previó la mora para los casos en que las cesantías no se paguen dentro de la oportunidad legal, así:

cg 7

"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.

Pues bien, visto el régimen legal del reconocimiento de las cesantías y el consiguiente pago de la sanción moratoria por el pago tardío de aquellas, se procede en seguida a citar la jurisprudencia que sobre el caso se ha expedido por esta Corporación.

La Jurisprudencia

Se traerá a colación la decisión adoptada por la Sala Plena² de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 27 de marzo de 2007, en la cual se analizó las diversas situaciones que se pueden presentar sobre la solicitud, reconocimiento y pago de las cesantías que hace el empleado a la administración para el efecto.

"(...) El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. La Ley 65 de 1946, en el

² Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ). Demandante: JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

98

artículo 1º, consagró tal derecho a favor de todos los servidores públicos. El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación. El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador. En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975. Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro. En el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva. A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. El Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998. Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación. En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

(...)

"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: a) La administración no resuelve el requerimiento del servidor

89

público sobre la liquidación de sus cesantías. b) La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. c) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir varias posibilidades: c.1) Las reconoce oportunamente pero no las paga. c.2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente. c.3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga. c.4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente. d) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido. 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, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. Ahora, la acción de grupo no es la vía idónea para reclamar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas toda vez que su finalidad es indemnizatoria. En conclusión: 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 acudirse 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, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

"(...)

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, reconocimiento de sanción moratoria, 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. 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,

90

clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación. Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad". 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 (...)"

(Se subrayó).

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,

al

el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo.

Solución del Asunto

Para resolver el problema jurídico que se ha planteado, se procederá en seguida al estudio de la situación de la demandante para lo cual se tendrá en cuenta la prueba allegada al proceso.

La pretensión de la demandante se dirige a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1994, pues, las cesantías que se le reconocieron a la demandante no fueron pagadas dentro del plazo contemplado en la ley.

1. Mediante la Resolución No. 0184 de 21 de abril de 2005, el Secretario General de la Gobernación de Boyacá reconoció a la señora ROSA MARIA RODRIGUEZ OBANDO, la suma de \$37.438.682.00 por salarios y prestaciones sociales que se le adeudaban en su condición de Auxiliar de Enfermería del Hospital San Salvador de Chiquinquirá (fl. 25).

2. El 19 de diciembre de 2012, a través de apoderado, la señora ROSA MARIA RODRIGUEZ OBANDO solicitó al Departamento de Boyacá que reconociera y pagara la sanción por el pago extemporáneo de las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 0184 de 21 de abril de 2005 (fl. 30).

3. La petición anterior fue resuelta a través del Oficio No 001102 de 11 de enero de 2013, en el sentido de no reconocer ni pagar la sanción

92

moratoria, acto que es objeto de impugnación mediante el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fl. 23).

Pues bien, la decisión que adoptó el juez de primera instancia para declarar de manera oficiosa la excepción de falta de jurisdicción, se sustentó en el hecho de existir un acto administrativo, es decir, la Resolución No. 0184 de 2 de abril de 2005, por medio de la cual se reconoció a la demandante las cesantías. Por tanto, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º, numeral 5º, del Código Procesal del Trabajo, la Justicia Ordinaria Laboral, es la competente para conocer el proceso ejecutivo, ya que la Ley 1437 de 2011 solo previó el conocimiento del citado proceso cuando se trate del cumplimiento de condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, caso en el cual, el competente será el juez que hubiese proferido la sentencia de condena.

Igualmente, el a quo sustentó la decisión de falta de jurisdicción en la providencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de fecha 3 de diciembre de 2014, a través de la cual dirimió el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira y el Juzgado Cuarto Administrativo de la misma ciudad para conocer la demanda que inició la señora Rosalba Mesa Carvajal contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por haber incurrido en mora en el pago de las cesantías (fl. 283 y CD).

La providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el caso concreto dijo:

"(...) Asunto en concreto. El presente caso se relaciona con un conflicto negativo de jurisdicción, suscitado entre las autoridades arriba anotadas

93

por el conocimiento de la demanda ordinaria laboral, promovida por ROSALBA MESA CARVAJAL contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin que se declare que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de sus cesantías definitivas (Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 Art. 5), la que concreta en 284 días, contados a partir del 5 de agosto de 2011 al 14 de mayo de 2012, teniendo en cuenta que fueron reconocidas mediante Resolución No. 468 del 30 de diciembre de 2011, equivalente a un día de salario por cada día de retardo. En consecuencia, requirió el pago de dicha sanción moratoria, lo que conlleva en forma indefectible a esta Sala que se encuentra frente a un litigio que se debe ventilar por la vía ejecutiva laboral. Decisión del caso. El artículo 100 del Código Sustantivo del Trabajo, establece: "será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme", y el numeral 5° del canon 2° de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral, dispone que la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad Laboral y de Seguridad Social, conoce de "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad". En el asunto sub exámine, la demandante aportó la Resolución No. 0468 del 30 de diciembre de 2011, mediante la cual se le reconocieron las cesantías definitiva a la señora ROSALBA MESA CARVAJAL, por la suma líquida a entregar de \$89.532.082,00 lo cual significa que a través de ese acto administrativo se reconoció una obligación clara, expresa y exigible por la vía ejecutiva laboral. Así las cosas, la acreencia laboral cuyo pago reclama la demandante, fue reconocida por la Secretaria de Educación Departamental, con la orden expresa en la resolutive que "De la suma reconocida exceptuando el valor estipulado en el parágrafo primero del artículo primero, queda un saldo líquido de \$80.121.529.00 que será cancelado por la entidad Fiduciaria La Previsora S.A. según acuerdo suscrito entre la Nación y esta entidad a ROSALBA MESA CARVAJAL...", por ende, teniendo en cuenta que no se está discutiendo la legalidad de ese acto administrativo sino el cumplimiento del mismo, que generó una mora de 284 días hizo necesario que se instaurara demanda ordinaria laboral para que se reconozca que se canceló por fuera del termino de Ley. Resulta entonces que la competencia para conocer el asunto recae en la Jurisdicción Ordinaria. Debe acotarse sobre el hecho que, como lo pretendido es el pago de una obligación legal, como es la mora en la cancelación de las cesantías reconocidas, pues la Resolución 468 del 30 de diciembre de 2011 tan solo fue cancelada el 14 de mayo de 2012, sanción que estando prevista y debidamente reglada en su cuantía según los días de mora, se torna indiscutible que el monto es fácilmente determinable, para que en concordancia con el art. 488 del C.P.C., pueda hablarse de estar en presencia de un título ejecutivo, de donde es viable su ejecución por parte del beneficiario a través de acción ejecutiva. No en vano la Ley 244 de 1995, adicionada en ese aspecto por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, estimó el pago de un día de salario por cada día de mora hasta el pago de

94

las cesantías reconocidas por acto administrativo en firme, lo cual hace perfectamente determinable la cuantía por la cual se reclama en ejecución. 7 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 Diferente fuera que se estuviera discutiendo el reconocimiento de las cesantías como litigio a resolver por alguna de las jurisdicciones enfrentadas, pero una vez declarado y reconocido el derecho de las primeras, la ley, como se dijo, estipula la cuantía como castigo que se debe pagar por no cancelar dentro del período de gracia para ello concebido, consagración ésta que refuerza el argumento de estar frente a cuantías determinadas y ejecutables, no por otra vía distinta a la laboral ordinaria. Teoría que no es novedosa en el ordenamiento interno, menos en esta Colegiatura, que desde mucho antes concibió esta misma posición cuando se ventilan casos como el de autos, pese a que se invocaban pretensiones de nulidad y restablecimiento de derecho, determinado siempre como de la Jurisdicción ordinaria por constituir título ejecutivo complejo una vez reconocidas las cesantías. De igual forma, el mismo Consejo de Estado sentó el criterio al interior de su jurisdicción, desde el 27 de marzo de 2007 en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando en el radicado 200002513-01, expuso, luego de algunas variantes, que "en las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardía que en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva". Posición no discutible cuando se ventilan iguales supuestos de hecho, y como garantía de seguridad jurídica deben resolverse situaciones similares en el mismo sentido. Bien razonó entonces el Juzgado Administrativo acá trabado en conflicto, 8 Entre otros, ver radicados Nos. 110010102000200902329-00 del 16 de septiembre de 2009, 110010102000201202113 - 00 del 18 de enero de 2013 cuando sostuvo que "...en la medida en que se ha allegado copia de la resolución de reconocimiento de las cesantías a la parte demandante (f. 13 y ss) y comprobante de pago del valor reconocido (f.16), lo que constituye un título complejo que se debe ejecutar ante la jurisdicción ordinaria laboral..." Precisa e insiste la Sala que no es el nomen iuris de la demanda lo que determina la jurisdicción del proceso, sino la real pretensión y objeto del litigio, en este caso, no otro que lograr el reconocimiento y cancelación de una sanción que se encuentra

95

debidamente determinada en la Ley, con base en la Resolución que cuantificó la obligación principal y la demostración de la fecha de cancelación de ese reconocimiento que demuestre lo tardío de su pago. Aceptar el rótulo de la demanda como determinante en la escogencia de la jurisdicción, es dejar al arbitrio de las partes algo que es potestativo de legislador, es la Ley la que establece las reglas de competencia, sólo que por interpretaciones que suelen dar a ciertas normas los operadores judiciales, registran las diligencias posiciones encontradas frente a hechos aparentemente confusos, donde surge necesaria la intervención del juez del conflicto, quien por mandato Constitucional y legal adscribe el conocimiento al competente con fuerza vinculante para los intervinientes y los Jueces trabados en el conflicto.

De la providencia anterior, se observa que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al dirimir el conflicto de competencia estableció la existencia de un acto administrativo, esto es, la Resolución No 468 de 30 de diciembre de 2011, mediante la cual se reconoció la mora y se ordenó el pago de la sanción por tal concepto. Por tanto, al existir un acto administrativo con las características de un título ejecutivo, esto es, contener una obligación clara, expresa y exigible, de conformidad con el artículo 422 del C.G.P. (antes 488 del C. de P. C.), es de recibo que el conocimiento del proceso sea de la Justicia Ordinaria Laboral, ya que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo solo conoce de las ejecuciones que se deriven de la condena impuesta a través de las sentencias que profieran los jueces de la misma.

El asunto que se debate en el sub lite es distinto porque se demanda el acto administrativo por medio del cual la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías se negó por la Administración del Departamento de Boyacá. Lo que significa que el conocimiento de la demanda contra ese acto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con las competencias señaladas por la Ley 1437 de 2011; y no se debe olvidar que conforme a la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferida el 27 de marzo de 2007, el

96

interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que reconozca el derecho y que sirva de título ejecutivo para hacerlo efectivo ante la Justicia Ordinaria Laboral.

Conforme a lo anterior no se puede afirmar en este caso que el título ejecutivo sea la Resolución No 0184 de 21 de abril de 2005 que reconoció las cesantías a la demandante, pues, allí no hay ninguna manifestación de la voluntad de la administración del Departamento de Boyacá que sea expresa, clara y exigible respecto del punto que se debate en este proceso, esto es, el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. Además, no está en discusión el reconocimiento mismo de las cesantías contenido en la resolución mencionada; lo que es objeto del presente proceso es el pago de la sanción moratoria porque las cesantías no se pagaron dentro del plazo indicado en la ley.

En este orden de ideas decir que el conocimiento del presente asunto es de la Justicia Ordinaria Laboral con el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías que junto con la Ley 244 de 1994 conforma un título ejecutivo complejo que se debe ejecutar ante citada jurisdicción, no corresponde a un entendimiento real y efectivo de la jurisdicción y de las competencias señaladas en la ley para conocer y decidir los diferentes asuntos propuestos por los administrados.

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado.

97

Ahora, qué sucede ante la solicitud de reconocimiento de la indemnización moratoria? La sentencia del Consejo de Estado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 2007, dijo que se pueden presentar varias hipótesis: (i) .Que La administración no resuelva el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías; (ii) Que la administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga; (iii) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

También puede ocurrir 1) que reconoce las cesantías oportunamente pero no las paga; 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 estos eventos anteriores, la providencia del Consejo de Estado es clara en señalar que la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; Sin embargo, cuando existe certeza del derecho y la sanción, la vía es el proceso ejecutivo porque hay 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

98

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.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida el 24 de marzo de 2014, en la Audiencia Inicial, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el proceso adelantado por la señora ROSA MARIA RODRIGUEZ OBANDO contra el DEPARTAMENTO DE BOYACA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para que continúe el trámite legal correspondiente, y déjense las constancias de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Consejera

GERARDO ARENAS MONSALVE

Consejero

99

SLIV/jcp