

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Procedencia por vulneracion al debido proceso y mora judicial / DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO - Por desconocimiento del precedente judicial**

Ha sentado la jurisprudencia que el defecto sustantivo o material, se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o que claramente son inaplicables al caso concreto... Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente irrazonable o se deja de aplicar una norma aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela es el mecanismo apropiado. En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión.

**NOTA DE RELATORIA.** En relación al defecto sustantivo, ver, sentencia de 20 de octubre de 2011, T-781/11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

**PRECEDENTE VERTICAL Se desconocio el precedente judicial del Consejo de Estado que ha establecido la competencia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa / CONFLICTO DE COMPETENCIA - Reclamacion de mora en el pago efectivo de reconocimiento de cesantias**

Se observa que el Tribunal Administrativo de Nariño, en el Auto interlocutorio objeto de reproche constitucional, modificó el trámite judicial seguido dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado tres -3- años atrás por el actor, ordenando la nulidad de lo actuado y el cambio de jurisdicción. Lo anterior, con fundamento en dos pronunciamientos en casos particulares que decidieron sendos conflictos de competencia en materia de reclamación de mora en el pago efectivo de reconocimiento de cesantías a los trabajadores, por parte del Consejo Superior de la Judicatura, sin ni siquiera expresar las razones por las cuales se consideraron aplicables dichas posiciones al caso concreto. Así las cosas, al decidir de esa manera, en el auto aludido se desconoció el precedente vertical emanado del Consejo de Estado, que en asuntos similares ha establecido que la competencia radica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Y, sobre los efectos de la mencionada sentencia, en relación al ejercicio de diferentes medios de control para solicitar la declaratoria de los derechos o acreencias laborales.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, ver, Corte Constitucional, sentencia de T-781 de octubre 20 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Consultar, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 16 de julio de 2015, exp. 15001233300020130048002 (1447-2015), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vèlez.

**VULNERACION AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO - Por mora judicial / MORA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA - Desborda el concepto de plazo razonable**

Advierte la Sala que existen diferencias palmarias entre el caso que fue objeto de análisis por parte del Tribunal Administrativo de Nariño y los dos pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura, que utilizó dicho juzgador como sustento

para adoptar la decisión cuestionada: de una parte, en el sub examine, existe un pronunciamiento claro, expreso y definitivo por parte de la Administración (entidades demandadas) que constituye un acto administrativo, cuya legalidad solo puede ser cuestionada a través de los medios de control establecidos ante la jurisdicción especializada... De conformidad con lo expuesto, la mora judicial o administrativa que configura vulneración del derecho fundamental al debido proceso desborda el concepto de plazo razonable que involucra el análisis sobre la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y el análisis global de procedimiento, además de la falta de motivo o justificación razonable en la tardanza. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala dejará sin efectos la decisión de Sala Unitaria del Tribunal Administrativo de Nariño, proferida en el Auto de fecha 26 de agosto de 2015, para que, en consecuencia, ese Tribunal dicte una sentencia de mérito que defina la segunda instancia.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación a los términos procesales. Ver, Corte Constitucional sentencia T-1154 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015).

**Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02866-00(AC)**

**Actor: HUGO FERNEY OLAVE GIL**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta por el señor HUGO FERNEY OLAVE GIL, en contra del Tribunal Administrativo de Nariño, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

### **I. ANTECEDENTES**

El 7 de octubre del 2015, el señor HUGO FERNEY OLAVE GIL, en nombre propio, instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Nariño, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso y los principios de inmediatez y *perpetuatio jurisdictionis* (fls. 2 a 7). El escrito de tutela radicado ante la Oficina Judicial de Pasto (Nariño) el 7 de octubre de 2015, fue recibido en la

Oficina de correspondencia del Consejo de Estado el 14 de octubre del mismo año (fl. 7).

## **1. Hechos**

Son hechos relevantes del caso, los siguientes:

**1.1.** El 20 de abril de 2010, el señor HUGO FERNEY OLAVE GIL radicó ante la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A., el pago de cesantías parciales, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución 0721 del 15 de junio del mismo año proferida por la Secretaría de Educación de ese Departamento, acto administrativo notificado el 17 de junio de 2010.

**1.2.** El pago efectivo de dicha prestación se realizó el 18 de febrero de 2011, razón por la cual el demandante considera que se configuró la obligación del reconocimiento y pago de la sanción moratoria de acuerdo con lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Con base en la citada norma el demandante solicitó a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FIDUPREVISORA S.A., la satisfacción plena de dicha obligación.

**1.3.** Por oficio 404 de 25 de abril de 2011 (fl. 17) la Directora de Prestaciones Económicas de Fiduprevisora S.A. dió respuesta al señor Hugo Ferney Olave Gil acerca de la reclamación de intereses moratorios sobre el pago de cesantías parciales, precisando que esa entidad procedería al pago de la prestación conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y que dicha sujeción es la que precisamente constituye la mora en el pago de las prestaciones sociales.

**1.4.** Por Resolución No. 650 del 25 de mayo de 2011 la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. resolvieron negar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales. La parte demandada ha alegado en su defensa que dicho reconocimiento está sujeto a la

disposición presupuestal, sin que ello implique una responsabilidad imputable a ésta, en estribo de lo preceptuado por el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, por lo cual no estaba obligada a reconocer la moratoria reclamada.

**1.5.** El demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. 650 del 25 de mayo de 2011 expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del Oficio No. 404 de 25 de abril de 2011, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho según demanda radicada con fecha 21 de julio de 2011. El Juzgado Segundo Administrativo de Pasto por fallo de 27 de mayo de 2013 declaró la nulidad de la Resolución acusada y ordenó el pago de la sanción moratoria.

**1.6.** La apoderada del Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, parte vencida en esta *litis*, apeló la citada decisión de primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Nariño, correspondiéndole por reparto a la Magistrada Dra. Beatriz Isabel Melodelgado Pabón; surtido todo el trámite de ley quedó el asunto en su Despacho para fallo desde el mes de noviembre de 2013.

**1.7.** Por auto de fecha veintiséis (26) de agosto de 2015, la Magistrada asignada al caso resolvió en Sala Unitaria, declarar la nulidad de todo lo actuado en el asunto de la referencia a partir del auto admisorio de la demanda, con base en la causal de falta de jurisdicción y ordenó remitir el proceso a la Oficina Judicial a fin de que fuera repartido entre los Juzgados Laborales del Circuito de Pasto, de acuerdo a lo dispuesto en casos similares por decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de fechas 3 y 11 de diciembre de 2014 (Expedientes con Radicados Nos. 11001010200020130298200 y 11001010200020140204400) al definir sendos conflictos de competencia en casos similares, donde se dispuso que el conocimiento de los asuntos referentes al cobro de la sanción moratoria por el pago retrasado de cesantías, le corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral.

**1.8.** Contra dicha decisión interlocutoria la apoderada del demandante interpuso recurso de reposición el 2 de septiembre de 2015 (fls. 19 y ss.), el cual fue resuelto mediante decisión de 28 de septiembre siguiente de manera negativa, por lo que ordenó la remisión del expediente a la Jurisdicción Laboral Ordinaria.

## **2. Fundamentos de la acción**

Considera la actora que el Tribunal Administrativo de Nariño incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo por interpretación indebida de una norma, refiriéndose a la indebida aplicación retroactiva de los acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de fechas 3 y 11 de diciembre de 2014, toda vez que el asunto ya estaba prácticamente concluido, sin observar además que desde hacía dos -2- años el expediente se encontraba al Despacho para fallo de segunda instancia, actuación con la cual terminaría prácticamente el proceso iniciado en el año 2011.

Agrega el demandante que dichos acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, solo deben aplicarse para los procesos nuevos o que se inicien en el futuro, pero no para el caso concreto, el cual ya se encontraba para fallo de segunda instancia, afectando de esta manera el derecho fundamental al debido proceso y constituyendo una clara denegación del derecho de acceso efectivo a la justicia, por haber transcurrido más de cuatro -4- años sin tener una solución efectiva al problema jurídico planteado.

Señala además, que carece de lógica jurídica pretender el Tribunal Administrativo de Nariño que el asunto puesto en su conocimiento en segunda instancia inicie nuevamente el trámite procesal en otra jurisdicción y bajo otras reglas procesales, pues ello significa un desgaste procesal y administrativo injustificado e innecesario.

Al referirse a la procedibilidad de la acción de tutela, considera que se cumple con los requisitos exigidos, a la luz de lo dispuesto en la sentencia C-590 de 2005, y lo que pretende es la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales y el respeto al principio de la seguridad jurídica.

## **3. Pretensiones**

Las pretensiones de la acción de tutela son las siguientes:

*“Primera: Se tutelen mis derechos fundamentales violados, en especial AL DEBIDO PROCESO, Y LOS PRINCIPIOS DE LA INMEDIATEZ Y PERPETUATIO JURISDICTIONIS.*

*Segunda: En consecuencia de lo anterior, se ordene a la parte accionada TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO (Sede Pasto -N-) se sirva en el término de 48 horas, proceda a dejar sin efectos el Auto de 26 de agosto de 2015, notificado por estado el 1 de septiembre del mismo año, para que proceda continuar con la etapa procedimental, esto es, emitir la correspondiente sentencia de segunda instancia, dentro del asunto con radicado 2011-0147.”*

#### **4. Intervenciones**

Avocado el conocimiento de la presente acción, mediante auto del 22 de octubre de 2015, se ordenó notificar a la Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo de Nariño, Dra. Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, así mismo al Juzgado Segundo Administrativo de Pasto y a la parte demandada (Secretaría de Educación Departamental de Nariño y Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FIDUPREVISORA S.A.) como terceros interesados. Igualmente se ordenó dar traslado a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado para que se pronunciara sobre los hechos de esta tutela (Fl. 39).

Las partes se pronunciaron de la siguiente manera sobre el asunto planteado.

**3.1** La Magistrada del Tribunal Administrativo de Nariño, Dra. Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, en escrito radicado con fecha 9 de noviembre de 2015, remitido vía fax, manifestó que la decisión que adoptara esa Corporación se emitió teniendo en cuenta los pronunciamientos expedidos por el H. Consejo Superior de la Judicatura el 3 y el 11 de diciembre de 2014, dentro de los expedientes radicados con los números 11001010200020130298200 y 11001010200020140204400, respectivamente, en los cuales al dirimir sendos conflictos de competencia entre juzgados administrativos y laborales, dentro de procesos en los cuales se reclamaban idénticas pretensiones, se decidió que la competencia correspondía a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, por cuanto la pretensión de dichas demandas no se dirigía propiamente a obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, sino el pago de una obligación ya definida.

Agregó que el pronunciamiento del Tribunal se ciñó al estricto acatamiento a las providencias del órgano jurisdiccional encargado de dirimir los conflictos de competencia, obedeciendo el precedente vertical de obligatorio cumplimiento.

**3.2** La Secretaría de Educación de Nariño, a través de su Oficina Jurídica y mediante apoderada legalmente constituida, solicitó la desvinculación de su representada del proceso en referencia, por cuanto no es a esa entidad a quien le corresponde hacer el pago de las acreencias reclamadas, de donde se deduce la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Señaló además que el proceso debería culminar como se inició, es decir con conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativa, teniendo como fundamento que el acto administrativo objeto de discusión no está contenido en el que decretó el pago de cesantías, sino en el que negó el pago de ajuste o de la moratoria de cesantías, por lo que la negativa que genera la demanda deviene del contenido de un acto administrativo, el cual no ha sido anulado y continuara surtiendo efectos jurídicos, por ser éste su cometido legal.

**3.3** La titular del Juzgado Segundo Administrativo de Pasto, juez de primera instancia, considera la improcedencia de la acción de tutela frente al caso concreto, por cuanto lo que busca el accionante es un pronunciamiento procesal acorde a las pretensiones propias del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no a la finalidad de la acción de tutela, en tanto este es connatural a la pretensión de carácter laboral planteada dentro del proceso ordinario.

## **II. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 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 la configuración de un perjuicio irremediable.

#### **4.- Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si la autoridad judicial demandada incurrió en un defecto material o sustantivo, al proferir el Auto de fecha 26 de agosto de 2015, por el cual el juez de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, seguido por el señor Hugo Ferney Olave Gil en contra de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A., declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de demanda por falta de jurisdicción y ordenó el traslado del proceso a la justicia laboral ordinaria.

#### **5.- La acción de tutela contra providencias judiciales.**

La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales, tal como ha sido reconocido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Entre otras providencias, en la sentencia C-590 de 2005, la primera Corporación precisó los *requisitos generales y especiales*, o eventos determinantes, de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Mediante la sentencia de julio 31 de 2012<sup>1</sup>, la Sala Plena del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en el siguiente sentido:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de julio 31 de 2012. Radicado: 2009-01328-01(IJ). M.P. María Elizabeth García González.



providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. [...]"

Igualmente, en virtud de la sentencia de agosto 5 de 2014, la Sala Plena del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia acerca de la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las sentencias del Consejo de Estado y respecto de las condiciones o requisitos para esto<sup>2</sup>. Con relación a este último aspecto, la Corporación, 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, y, finalmente, *iv)* acreditar que el asunto es de evidente relevancia constitucional.

En segundo lugar, al citar la sentencia C-590 de 2005, de la Corte Constitucional, indicó que son *requisitos o causales 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<sup>3</sup>.

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.

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Estos defectos, para la Corte Constitucional, "tocan con la procedencia misma del amparo", en los términos del fundamento jurídico 23 de la sentencia C-590 de 2005.

**5.1.-** En el presente caso, advierte la Sala que la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición.

5.1.1. En efecto, esta Sala considera que los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados se encuentran plenamente individualizados.

5.1.2. No existen otros mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa para controvertir la providencia censurada.

5.1.3. Se advierte igualmente que la interposición del mecanismo constitucional se dio en un lapso “razonable y proporcionado”, contado desde la fecha de expedición de la decisión cuestionada (26 de agosto de 2015) hasta la radicación de la acción de tutela en la Secretaría General de esta Corporación (14 de octubre de 2015).

5.1.4. Finalmente el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida que se circunscribe a establecer si el Tribunal incurrió en la violación del derecho fundamental al debido proceso.

## **6.- Defecto sustantivo o material.**

Ha sentado la jurisprudencia que el *defecto sustantivo o material*, se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o que claramente son inaplicables al caso concreto. Pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley, pues de hacerlo, se constituye en una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada. Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente irrazonable o se deja de aplicar una norma

aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela es el mecanismo apropiado. En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión.

Tal como lo ha definido la Corte Constitucional en la Sentencia T-781/11, “... se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.”

## **7.- Del caso concreto**

Conforme a la doctrina constitucional relacionada en el acápite precedente, observa esta Sala que el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Unitaria, efectivamente incurrió en el defecto material o sustantivo endilgado, por las siguientes razones:

Se observa que el Tribunal Administrativo de Nariño, en el Auto interlocutorio objeto de reproche constitucional, modificó el trámite judicial seguido dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado tres -3- años atrás por el ciudadano Hugo Ferney Olave Gil, ordenando la nulidad de lo actuado y el cambio de jurisdicción. Lo anterior, con fundamento en dos pronunciamientos en

casos particulares que decidieron sendos conflictos de competencia en materia de reclamación de mora en el pago efectivo de reconocimiento de cesantías a los trabajadores, por parte del Consejo Superior de la Judicatura, sin ni siquiera expresar las razones por las cuales se consideraron aplicables dichas posiciones al caso concreto.

Así las cosas, al decidir de esa manera, en el auto aludido se desconoció el precedente vertical emanado del Consejo de Estado, que en asuntos similares ha establecido que la competencia radica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Magistrado Jesús María Lemos Bustamante, de fecha veintisiete (27) de marzo de dos mil siete (2007), radicación 76001-23-31-000-2000-02513-01, Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz contra el Municipio de Santiago de Cali, determinó:

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

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

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

*5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.*

*En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:*

*5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.*

*5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.*

*5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.*

*5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.*

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

*En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad 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, 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.***

*“... la reclamación de la indemnización moratoria, está dentro de la órbita del derecho laboral administrativo cuyas reglas están dadas por la legislación positiva.*

*Dicho de otro modo, como el perjuicio por reparar se origina en una decisión o manifestación unilateral de voluntad de la administración destinada a*

*producir efectos jurídicos es necesario invalidarla, previo agotamiento de la vía gubernativa, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que mediante las acciones de reparación directa o de grupo puedan anularse los actos administrativos, estas no son la vía procesal adecuada. Desconocería la integridad del ordenamiento jurídico percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo porque este continuaría produciendo efectos jurídicos ya que ese es su cometido legal.*

*(i) 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.*

*(ii) 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.*

*(iii) 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.*

*(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.*

*Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho.”. (Resaltado de la Sala).*

Y, sobre los efectos de la mencionada sentencia, en relación al ejercicio de diferentes medios de control para solicitar la declaratoria de los derechos o acreencias laborales en análisis, continuó la Sala:

*“ Sin embargo, 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 el mismo sentido, la Sección Segunda – Subsección “2” de esta Corporación, en pronunciamiento del dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015), Expediente N° 150012333000201300480 02 (1447-2015), determinó lo siguiente sobre el mismo tema de análisis:

*“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.*

*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”.*

A partir de lo anterior, advierte la Sala que existen diferencias palmarias entre el caso que fue objeto de análisis por parte del Tribunal Administrativo de Nariño y los dos pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura, que utilizó dicho juzgador como sustento para adoptar la decisión cuestionada: de una parte, en el *sub examine*, existe un pronunciamiento claro, expreso y definitivo por parte de la Administración (entidades demandadas) que constituye un acto administrativo, cuya legalidad solo puede ser cuestionada a través de los medios de control establecidos ante la jurisdicción especializada.

Lo anterior, por cuanto ese acto administrativo puso en discusión el derecho invocado por el demandante, al responder su petición de manera negativa señalando la inexistencia de fundamento legal para reconocerle la moratoria reclamada, lo que significa que no configura título ejecutivo complejo para acudir directamente a la jurisdicción ordinaria laboral.

Así las cosas, aunque se considere que el derecho al reconocimiento y pago de la moratoria tiene como fuente la misma ley, y que constituye el título ejecutivo complejo para asignar la competencia en cabeza de los jueces laborales ordinarios, según lo ha contemplado el Consejo Superior de la Judicatura, en el presente asunto es precisamente ese derecho el que está siendo cuestionado por la entidad al contestar en forma negativa la solicitud del accionante.

En contraste, en los asuntos analizados por el Consejo Superior de la Judicatura, solo se contempló el caso en que se configura claramente el título ejecutivo complejo, donde se puede aceptar la posición sobre la definición de competencias en cabeza de los jueces ordinarios laborales.

Finalmente, en lo que toca con el argumento expresado por el demandante relacionado con la razonabilidad de la mora en decidir el asunto de fondo, es oportuno recordar que en la sentencia T-1154 de 2004, dijo la Corte Constitucional, lo siguiente:



*“De lo anterior se infiere que a fin de que proceda la acción de tutela, es indispensable que determinada dilación o mora judicial sean injustificadas, pues el mero incumplimiento de los términos dentro de un proceso, no constituye per se una violación al debido proceso[2], salvo que el peticionario se encuentre ante un perjuicio irremediable. Así entonces, la mora judicial sólo se justifica si la autoridad correspondiente, a pesar de actuar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones "imprevisibles e ineludibles", tal como, el exceso de trabajo, que no le permitan cumplir con los términos señalados por la ley. De lo expuesto se concluye que constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procesales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten”.*

De este modo, debe entenderse, siguiendo los criterios expuestos, que si un ciudadano presenta una demanda, interpone un recurso, formula una impugnación o adelanta cualquier otra actuación dentro de los términos legales, estando habilitado por ley para hacerlo, tiene derecho a que se le resuelva del mismo modo, dentro de los términos legales dispuestos para ello, de lo contrario, se le desconocen sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

De conformidad con lo expuesto, la mora judicial o administrativa que configura vulneración del derecho fundamental al debido proceso desborda el concepto de plazo razonable que involucra el análisis sobre la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y el análisis global de procedimiento, además de la falta de motivo o justificación razonable en la tardanza.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala dejará sin efectos la decisión de Sala Unitaria del Tribunal Administrativo de Nariño, proferida en el Auto de fecha 26 de agosto de 2015, para que, en consecuencia, ese Tribunal dicte una sentencia de mérito que defina la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Segunda – Subsección “A”** 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. AMPARAR** los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor HUGO FERNEY OLAVE GIL. En consecuencia,
- 2. DEJAR SIN EFECTOS** el Auto interlocutorio de fecha 26 de agosto de 2015, dictado por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Unitaria, de acuerdo a las razones expuestas.
- 3. ORDENAR** a la autoridad judicial demandada, que en un término no superior a veinte (20) días, dicte una decisión de remplazo, en la que valorando íntegramente los elementos probatorios allegados al expediente, conforme a las consideraciones señaladas en la parte motiva de la presente providencia, se pronuncie sobre el recurso de apelación impetrado contra la sentencia de primera instancia de fecha 27 de mayo de 2013 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Pasto.
- 4. NOTIFÍQUESE** por telegrama o por cualquier otro medio expedito.
- 5. 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.

**GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ**