

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA PRIMERA DE ORALIDAD MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO CRUZ RIAÑO

Medellín, 23 de septiembre de 2013

MEDIO CONTROL	DE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –LABORAL
DEMANDANTE		GLORIA EMILSEN HENAO LÓPEZ
DEMANDADO		NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO		05 001 33 33 028 2012 00305 01
INSTANCIA		SEGUNDA
PROCEDENCIA		JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN ANTIOQUIA
ASUNTO		RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN – REVOCA DECISIÓN
AUTO		No. 221 AP

En virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra del **Auto N° 342** a través del cual se Decretó la Nulidad por falta de Jurisdicción y se ordenó remitir a los Juzgados Laborales del Circuito de Medellín-Reparto, proferido el **30 de mayo de 2013**, por el Juzgado **Veintiocho** Administrativo Oral del Circuito de Medellín Antioquia, visible a folios **61** y siguientes del expediente, con base en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

GLORIA EMILSEN HENAO LÓPEZ presentó a través de apoderado judicial demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho –laboral-, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO con el fin de que se declare la nulidad del **acto ficto o presunto originado con la petición presentada el día 12 de marzo de 2012**, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada de día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de radicada la solicitud de pago de las cesantías ante la entidad y hasta el pago efectivo de la misma, solicitando la declaratoria a su favor del derecho que le asiste respecto de la obligación reclamada, y en consecuencia a título de restablecimiento, se condene a la entidad demandada a su reconocimiento y pago.

En los hechos de la demanda, la parte demandante expone:

- A través del párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se asignó como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de las CESANTÍAS al sector docente oficial.
- En su calidad de docente oficial, la parte demandante solicitó a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el día **3/30/2011**, el reconocimiento y pago de sus cesantías, formalizado por la entidad a través de la resolución N° **264 del 18 de mayo de 2011** y pagada el **10/13/2011**, habiendo transcurrido en consecuencia **103** días de mora.
- El **12 de marzo de 2012** se solicitó a la entidad convocada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria señalada.

2. DECISIÓN DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

A través de auto **N° 342 del 30 de mayo de 2013**, el Juzgado **Veintiocho** Administrativo Oral del Circuito de Medellín Antioquia decretó la Nulidad de lo actuado por falta de Jurisdicción, motivando y fundamentando su decisión en jurisprudencia del Consejo de Estado¹, considerando por lo demás que al constar acto de reconocimiento y pago de las cesantías con señalamiento de las fechas de presentación de la solicitud para el reconocimiento de la prestación, así como del pago efectivo de las mismas, existe en consecuencia un acto administrativo que expresa la voluntad de la administración y contempla una obligación que reúne las condiciones de un título para ser cobrado por vía ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la ley 712 de 2001; en consecuencia estimándola como autoridad judicial competente para el conocimiento del presente asunto, ordenó por Secretaría, la remisión del expediente para lo correspondiente.

3. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN (ART. 244 CPACA)

A través de escrito visible a folios **79** y siguientes del expediente, la parte demandante presentó recuso de apelación, a efectos de que sea revocado el auto a través del cual se declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción y se ordenó la remisión del expediente a los juzgados laborales.

Sostuvo el apoderado de la demandante, haberse hecho una mala interpretación de la sentencia del Consejo de Estado en que se fundamenta la decisión, pues

¹ Sentencia del 27 de marzo de 2007, Radicado: 76001233100020000251301 C.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE y Sentencia del 25 de noviembre de 2010, Expediente N° 25000232500020040175401(0814-2009) C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

considera que si bien el acto que reconoce las cesantías podría ejecutarse al contener con plena determinación el valor a reconocer y la fecha a partir de la cual se hace exigible, no ocurre lo mismo con la sanción por mora, respecto de la cual no está determinado con exactitud su valor, por lo que se hace necesario el proceso ordinario a través del cual se efectúe.

Resaltó la existencia del acto ficto que se demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto del cual adujo, se requiere un pronunciamiento por parte de la jurisdicción de lo contencioso; además por cuanto señaló: (...) *“los documentos que sirven de recaudo ejecutivo, no poseen tal envergadura para que proceda un proceso ejecutivo en firme”*, situación que según indicó, ha sido ampliamente debatida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Armenia de quien refiere pronunciamiento del 15 de febrero de 2012.

Concluyó el apoderado judicial, encontrarse frente a una clara situación de denegación de justicia, como consecuencia de la contraposición que se presenta entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia por un lado, quien niega la calidad de título ejecutivo a la obligación, señalando que la sanción por mora debe ser declarada judicialmente a través de un proceso judicial administrativo, y por otra parte el Juzgado Administrativo del Circuito de Medellín, quien sostiene que el conocimiento del presente asunto es competencia de la jurisdicción Laboral, declarando la nulidad de lo actuado y ordenando en consecuencia la remisión del expediente a quien previamente se ha manifestado, reiterando por su parte la necesaria declaración judicial a efectos de posibilitar la ejecución.

Agregó que frente a tanta controversia respecto al reconocimiento de la obligación, es que se demanda el acto ficto que lo niega, pues a ello no se accedió por parte de la entidad demandada antes de incoarse el presente medio de control.

Previo a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto y sustentado de acuerdo a los argumentos antes expuestos, habrá de tenerse en cuenta las siguientes,

4. CONSIDERACIONES

Para decidir el recurso, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

4.1 El problema jurídico planteado consiste en determinar la competencia para el conocimiento de la litis planteada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora **GLORIA EMILSEN HENAO LÓPEZ** mediante apoderado judicial, en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, entre la jurisdicción Contenciosa y la Ordinaria Laboral, en el

que se persigue el restablecimiento del derecho mediante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria como consecuencia del retardo en el pago de las cesantías reconocidas a través de acto administrativo.

4.2 De los antecedentes expuestos, podemos inferir con claridad que la decisión a efecto de la cual somos competentes para el conocimiento del presente asunto en segunda instancia, corresponde a la declaratoria de nulidad de lo actuado en razón de la falta de jurisdicción, resuelto por el **Juzgado 28 Administrativo** y apelada por la parte demandante. Al respecto, el N° 6 del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

*“**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:*

*(...)
6. El que decreta las nulidades procesales.”*

Por su parte, en relación con la declaratoria de nulidad de las actuaciones como consecuencia de la toma de decisiones por parte de una autoridad judicial, con ausencia de jurisdicción para el asunto en concreto, el Código de Procedimiento Civil en el numeral 1 del artículo 140, así como en su artículo 145, respectivamente dispone:

*“**ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD.** El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.

(...)

***ARTÍCULO 145. DECLARACION OFICIOSA DE LA NULIDAD.** En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará.”*

Respecto al fondo del debate, es decir, la discusión en relación con la Jurisdicción que debe tener el conocimiento del presente asunto, con referencia tanto a los argumentos expuestos por el *A quo* como por la parte demandante, quien insiste en la necesaria declaratoria de nulidad del acto ficto que se demanda, habrá de considerarse el mismo antecedente jurisprudencial apreciado en la providencia objeto de apelación y de la cual se indica por el apelante haberse hecho una errónea interpretación. Al respecto, en el citado pronunciamiento tomado como fundamento para la decisión en primera instancia, en relación con el

reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago de las cesantías dentro del término legal establecido, expuso el Consejo de Estado²:

“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. La reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. La reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. La reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. La 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 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.”

Sin embargo, seguidamente se señala en el referido pronunciamiento:

“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.

(...)

*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”.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. C.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ)

Posteriormente se concluye por parte de la H. Corporación:

“(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.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

4.3 En el mismo sentido, en relación con un conflicto negativo de competencia suscitado entre autoridades judiciales de la jurisdicción ordinaria y contenciosa, asunto de igual connotación al ahora debatido, se pronunció el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria en Sentencia del 26 de junio de 2013³.

En dicho pronunciamiento, además de hacerse un recuento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre ellas la referida en los párrafos que anteceden, alude la Corporación a un asunto particular, en el que fue declarada como probada la excepción de *improcedencia del proceso ejecutivo para el reconocimiento de la sanción moratoria*, resaltando la interpretación que en su momento se dio por parte de la Sala Civil - Familia –Laboral del Tribunal Superior de Florencia y respecto a la cual expuso:

“El Tribunal apoyó su decisión en un pronunciamiento del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007, según el cual de no existir un acto administrativo que reconozca el pago de la sanción moratoria –esta es la situación de la demandante- no es dable acudir ante la jurisdicción ordinaria mediante proceso ejecutivo. Adujo el fallador que en tal caso era necesario reclamar previamente a las autoridades administrativas, agotaría vía gubernativa y, de ser el caso, acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de obtener el reconocimiento del derecho reclamado.

*La decisión de declarar como probada la excepción de “improcedencia del proceso ejecutivo para el reconocimiento de la sanción moratoria”, y la consecuente orden de terminación del proceso ejecutivo adelantado, responde a una interpretación razonable de la Ley 244 de 1995, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, **según la cual la exigibilidad del pago requiere de un acto previo a través del cual la entidad responsable reconozca extemporáneamente la precitada sanción.***

*Adicionalmente, la providencia se sustenta en pronunciamientos del Consejo de Estado, que en su calidad de tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo **unificó la interpretación y alcance de las normas referidas, para dejar en claro***

³ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia del 26 de junio de 2013. M.P. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Radicado: 11001 01 02 000 2013 01070 00.

que "la vía procesal para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho".
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Posteriormente y acudiendo a la interpretación de la Corporación de origen, esto es, el Consejo de Estado, en la citada providencia el Consejo Superior de la Judicatura expone:

*“Entendido de esta manera el asunto, la Sala encuentra que, con posterioridad a la sentencia 2777, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido y alcance de dicha providencia, incluso obrando como ponente el mismo Consejero que fungió como tal en esa ocasión. En estas providencias, el Consejo de Estado afirma que para que sea procedente el reclamo judicial de la indemnización moratoria de que trata las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración. De reconocer la administración la indemnización moratoria a favor del peticionario, este vendría a constituir un título ejecutivo base para acudir directamente a la Justicia ordinaria para reclamar la obligación expresa, clara y exigible que contiene. **En caso contrario, esto es, ante el silencio o la negativa expresa de la administración, la única vía procesal viable será la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de que trata el código contencioso administrativo.**”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, del barrido jurisprudencial y a modo de conclusión para el asunto en discusión, señaló:

*“Aunado a lo advertido, los apartes transcritos de las providencias del Consejo de Estado, ofrecen importantes luces para ayudar a identificar la alternativa de interpretación posible de la sentencia de 2777/04. Así se tiene que: i) es factible que el cobro de la sanción moratoria de que trata la ley 244/95 y 1071/06, pueda lograrse acudiendo tanto a la jurisdicción contenciosa administrativa, como a la Ordinaria; ii) **El conocimiento del reclamo por parte de cualquiera de estas jurisdicciones está supeditado al modo en que el titular del derecho finalmente plantee el mismo; así pues, de acudir ante la Administración para provocar un pronunciamiento de esta referido al contenido de la obligación de pagar la sanción moratoria, el interesado obtendrá un acto administrativo expreso, o ficto, entorno a su viabilidad —generalmente contrario a sus pretensiones—, evento en el cual la única acción apta para controvertirlo será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y el juez: el administrativo.**”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

4.4 De la normativa y jurisprudencia transcrita, esta Sala de Decisión concluye la necesaria e indispensable existencia del acto de reconocimiento de la obligación correspondiente a la sanción por mora, a efectos de lo cual en el *sub judice* se acudió por la parte demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de petición del **12 de marzo de 2012**, originándose en consecuencia respuesta presunta a través de acto ficto del que ahora se pretende su nulidad, con miras a desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos y obtener en consecuencia el reconocimiento y pago del derecho que reclama, esto es, de la sanción por mora respecto a la pago tardío de sus cesantías, optándose de manera correcta ante la incertidumbre respecto a la existencia de título ejecutivo y para efectos de su consolidación, al medio de control ahora impetrado y ante el Juez Contencioso, competente de acuerdo a lo visto para su conocimiento.

4.5 En virtud de las anteriores consideraciones, no se comparte el razonamiento y la interpretación dada por parte del Juez de conocimiento a la normatividad y jurisprudencia en que se fundamenta la decisión de declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción, al ser el Juez Contencioso de acuerdo a lo analizado, la autoridad judicial competente para el conocimiento del asunto concreto.

4.6 En consideración a lo aludido en los numerales precedentes, se **REVOCARÁ** el auto **N° 342** expedido por el **Juzgado 28 Administrativo** del Circuito de Medellín el **30 de mayo de 2013**, a través del cual resolvió decretar la nulidad de lo actuado en razón a la falta de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE ORALIDAD,**

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la decisión del Juzgado 28 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Medellín, adoptada a través de auto del 30 de mayo de 2013, mediante el cual resolvió decretar la nulidad de lo actuado en razón a la falta de jurisdicción.

SEGUNDO: En firme la presente decisión **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen para lo que corresponda.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

Esta providencia se estudió y aprobó en la fecha, como consta en **ACTA NÚMERO 102**

LOS MAGISTRADOS,

ÁLVARO CRUZ RIAÑO

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

YOLANDA OBANDO MONTES