



SALA PRIMERA DE ORALIDAD

MAGISTRADO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Medellín, veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013).

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
DEMANDANTE:	MARIA ADIELA GIRALDO TORRES.
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMPREMAG.
RADICADO:	05001-33-33-028-2012-00494-01
PROCEDENCIA:	JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO.
INSTANCIA:	SEGUNDA
INTERLOCUTORIO	SPO – 334 - Ap.

TEMA: Sanción por mora. Cuando el demandante está en desacuerdo con el acto que resuelve sobre la sanción moratoria es demandable ante la Jurisdicción Contenciosa en nulidad y restablecimiento del derecho. **REVOCA AUTO.**

Decide el Despacho el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la decisión del 30 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito de Medellín, mediante la cual decretó la nulidad de todo lo actuado por la falta de jurisdicción para conocer del proceso.

ANTECEDENTES.

La Demanda.

La Señora **MARIA ADIELA GIRALDO TORRES** instauró demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONPREMAG; pretendiendo que se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado con la petición presentada, que negó el reconocimiento y pago de la

sanción por mora, y que como consecuencia de esa nulidad se ordene al demandado reconocer y pagar la mencionada sanción indexada y con intereses.

La Providencia Apelada.

El Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito de Medellín, decretó la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción para conocer del proceso, en consecuencia ordenó la remisión del expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de Medellín (reparto), para sustentar la decisión argumentó:

Que en el evento de que exista una resolución en firme que reconozca la cesantía de forma parcial o definitiva y el no pago o la cancelación de dicha prestación por fuera del término establecido en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, la cual subrogó el artículo 2 de la ley 244 de 1995, la sanción moratoria aplica de manera automática; esto es, se hace exigible pro ministerio de la ley y por lo tanto su cobro podrá efectuarse por la vía ejecutiva en la jurisdicción ordinaria laboral, habida cuenta que la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de conformidad con el artículo 104 CPACA, se circunscribe a los asuntos derivados de condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta Jurisdicción y los laudos arbitrales en que hubiera sido parte una entidad pública y los contratos celebrados por dichas entidades.

Manifestó, que mediante la resolución N° 2317 del 20 de febrero de 2008 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías a la actora. En este acto se señaló la fecha de presentación de la solicitud para el reconocimiento de la prestación. Igualmente se encuentra acreditado a folio 24 del expediente la fecha en que fueron pagadas las cesantías. Por tanto, existe 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 la vía ejecutiva en la jurisdicción ordinaria laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, y por tanto no le corresponde a esta jurisdicción declarar su viabilidad y reconocimiento.

Finalmente, consideró que se configuró la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 140 del CPC aplicable por remisión expresa del 208 del CPACA, en consecuencia; decretó la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción para conocer del asunto y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de Bello.

El Recurso de Apelación.

La apoderada de la parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación, contra la decisión anterior, expresando que es cierto que los actos administrativos que reconocen las cesantías se pueden ejecutar, pues está plenamente determinado el valor a reconocer y la sanción por mora, pero en el presente caso, el acto administrativo que reconoce las cesantías no está reconociendo expresamente el valor de la sanción, por lo que se hace necesaria la sentencia del proceso ordinario que determine exactamente este valor.

Adujo, que hay que tener en cuenta que se está demandando un acto ficto en la respectiva acción de nulidad y restablecimiento, acto del cual no existe certeza, y que el debate frente al mismo requiere de un pronunciamiento de esta jurisdicción.

Manifestó, que los documentos que sirven de fundamento a la demanda, no tienen la envergadura para constituir título ejecutivo. Por tanto solicitó, la revocatoria del auto impugnado e insiste en que se debe estudiar la legalidad del acto administrativo ficto demandado.

CONSIDERACIONES

Corresponde al Despacho determinar, si la decisión de decretar la nulidad de todo lo actuado y declarar la falta de jurisdicción proferida por el A quo se ajusta a derecho.

En razón, de que en oportunidad anterior¹, el Magistrado sustanciador fijó su posición al respecto, se transcribirá in extenso lo expresado en esa oportunidad:

¹ Auto de 23 de julio de 2013 radicado No 005001333300720120030701

"CUESTION PREVIA:

Sea lo primero expresar, que en la audiencia inicial, se tomaron por parte del Juez de Primera Instancia dos decisiones consecuenciales, la primera de ellas relacionada con la falta de jurisdicción, como causal de nulidad y la otra, consecuencia de dicha falta de jurisdicción, consistente en remitir el expediente al señor Juez Laboral del Circuito de Medellín, por considerarlo competente para conocer del proceso.

En razón de la diferencia de criterios cuando esta situación se presenta, se considera pertinente, fijar posición al respecto.

En efecto, algunos Despachos, cuando advierten la falta de Jurisdicción, decretan la nulidad de todo lo actuado y luego ordenan la remisión del proceso a quien consideran competente; otros en cambio, no decretan la nulidad, sino que ordenan la remisión de manera directa, para que sea el nuevo Juez, quien si acepta la competencia declare la nulidad de lo actuado.

Pues bien, para este Despacho las consecuencias y fundamentos jurídicos de una y otra decisión son diferentes:

Una es la remisión al Juez competente, autorizada por el Artículo 168 del CPACA, para cuando al momento de pronunciarse sobre la admisión de la demanda, el Juez advierte que no tiene jurisdicción o competencia, caso en el cual el auto que remite no es apelable; y otra bien diferente, se presenta cuando en el curso del proceso se advierte la FALTA DE JURISDICCIÓN, porque allí lo que se tipifica es la causal de nulidad insaneable consagrada en el No. 1º del artículo 140 del C. de P. C. y por tanto el único remedio es el decreto de la misma y al tenor del artículo 145 del mismo estatuto, quien debe declararla es el Juez que esté conociendo del proceso. Así lo expresa la norma citada:

"En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe..."

Ahora, una vez encontrada y decretada la nulidad, el Juez debe tomar las decisiones que de acuerdo a los efectos que produzca la nulidad correspondan; y tales efectos, están consagrados en el artículo 146 del C. de P. C, así:

"La nulidad sólo 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 a quienes tuvieron oportunidad de controvertirla.

El auto que declare la nulidad indicará la actuación que debe renovarse, y condenará en costas a la parte que dio lugar a ella"

Así las cosas, cuando un Juez admite una demanda sin tener Jurisdicción genera nulidad y corresponde al mismo Juez declararla mediante auto motivado, en el cual debe retrotraer la actuación hasta cuando se generó (auto admisorio) y por tanto ordenar remitir al competente.

Para el Despacho, esta debe ser la manera de entender las normas analizadas, ya que se trata de figuras y momentos procesales diferentes; máxime si se tiene en cuenta que el auto que decreta la nulidad es apelable, mientras que el que ordena remitir no lo es, lo que garantiza el principio de doble instancia frente a todas las nulidades. Por eso se considera que en ese sentido el proceder del Juez de Primera Instancia, al pronunciarse primero respecto de la nulidad y como consecuencia remitir, fue acertada y es precisamente la declaratoria de nulidad la que habilita para conocer en segunda instancia al tenor del artículo 243 No 6º del CPACA.

Una vez aclarado lo anterior, entra la Sala a pronunciarse acerca del tema de fondo tratado en el auto impugnado, esto determinar si en el caso concreto la jurisdicción competente es la ordinaria laboral, como lo decidió el Juez de Primera Instancia o si como lo afirma la apoderada de la parte actora, corresponde a esta jurisdicción.

Acerca de la acción (hoy medio de control) procedente para el reconocimiento de las sumas estipuladas en la ley para el pago tardío de las cesantías, se han presentado diferentes posiciones incluso en el Consejo de Estado, al punto de que en un principio se tramitaron tales asuntos, unos por vía de reparación directa, otros por vía ordinaria laboral y otros como nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo a como el actor planteara la pretensión, situación que vino a ser clarificada mediante Sentencia de unificación del 07 de marzo de 2007, expediente N° 2004-2777, con ponencia del Consejero JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, distinguiendo las siguientes situaciones o posibilidades:

"(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...**". (Negrita intencional del Despacho)*

De lo anterior, se desprende, que en efecto, cuando existe un acto administrativo que reconoce las cesantías y el administrado no lo discute y no se han pagado, este presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria laboral, caso en el cual se solicitará mandamiento ejecutivo por el valor de las cesantías y por la sanción moratoria, y para esta última bastará afirmar el retardo. Igual procedimiento debe seguirse cuando existe un acto administrativo que reconoce la sanción y el administrado está de acuerdo con su contenido, pues sólo basta su pago.

Pero, cuando el administrado no tiene el acto de reconocimiento o no está seguro de que preste mérito ejecutivo y ejerce derecho de petición, si la respuesta es negativa, expresa o presunta, si pretende demandar esa decisión el medio de control es el de nulidad y restablecimiento del derecho, pues requiere remover la presunción de legalidad de dicho acto, para poder obtener el reconocimiento de su derecho.

En el caso concreto, el actor no está solicitando que se le cancelen las cesantías, (las cuales afirma ya se le pagaron), sino impugnando el acto administrativo ficto que le negó el reconocimiento de la sanción moratoria; y ante la existencia de tal acto, el medio de control es el de nulidad y restablecimiento del derecho y la Contenciosa Administrativa la Jurisdicción que debe conocer de él. No debe perderse de vista, que se no se está solicitando el pago, sino la nulidad del acto que negó dicho pago.

Obsérvese como al sustentar el recurso de apelación, la apoderada expresó que no tenía certeza sobre el título ejecutivo y por ello acudió al derecho de petición, con la intención de que la administración le reconociera el derecho, y que como se lo negó (acto ficto demandado) acudió a esta jurisdicción en busca de la nulidad de ese acto y del restablecimiento del derecho.

Esta actuación de la parte demandante, es perfectamente legítima y tiene respaldo en la jurisprudencia y doctrina nacionales, las cuales han considerado que el acreedor ante la incertidumbre de la existencia de título ejecutivo puede acudir al proceso ordinario para consolidar dicho título.

Por la importancia del tema y con el fin de dar claridad sobre el asunto, se transcribe in extenso el aparte que sobre el tema trae el profesor JUAN GUILLERMO VELASQUEZ GOMEZ, en su obra los procesos ejecutivos, décima tercera edición 2.006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

"Desde tiempo atrás, durante la vigencia del anterior Código de Procedimiento Civil (contenido en la ley 105 de 1931), hasta el momento actual, ha existido la inquietud en relación con la procedencia de la renuncia del proceso ejecutivo para, en su lugar, acudir el acreedor al proceso ordinario en virtud de la incertidumbre que aquel pudiere tener al respecto de su título y ante el temor de ver frustrada su ejecución por la oposición que ofreciere el deudor demandado.

Un estudioso del derecho procesal planteó el tema de la siguiente manera:

"Los autores dan testimonio de la controversia existente acerca de la renunciabilidad del proceso compulsorio, de si el titular de la acción respectiva puede sustituirla por la

ordinaria, de las tesis afirmativa y negativa que se plantea. La primera acaso goza de la aceptación mas generalizada, que sustentan los seguidores de ella en la renunciabilidad de los derechos e intereses particulares (artículo 15 Código Civil), en el predominio del sistema dispositivo y en las exigencias de título ejecutivo cuya falta trae el insuceso de la acción, riesgo de que bien pueden cubrirse los titulares de ella recurriendo a la acción apellidada ordinaria. Para acoger la segunda tesis se hace hincapié en el interés social que media en los procedimientos civiles, en que no debe ampliarse innecesariamente la actividad jurisdiccional, en que los particulares carecen de la facultad de escoger libremente los procedimientos civiles establecidos.

"Si el título ejecutivo es una sentencia ejecutoriada, firme en sí y por cualquier fenómeno de derecho no haya perdido eficacia, no se puede comprender como pueda sustituirse con fundamento en la acción ejecutiva por la ordinaria, como resultado del libre querer del beneficiario con esa decisión jurisdiccional. Si fuera escogida esa sustitución, en el fondo resultaría lesión o desconocimiento de la institución de la cosa juzgada, en su esencia, base y manifestaciones. En verdad, la anterior actividad de entidad judicial sería baldía o inoqua, desprovista de objeto y finalidad.

"De característica disímiles por completo el caso anotado es aquél en que haya corrido el tiempo de prescripción de la acción ejecutiva para convertirse en ordinaria (artículo 2536 Código Civil). En tal caso nada veda que el titular o sujeto activo de una relación de derecho reconozca por sí la operación de prescripción e incoe la acción ordinaria; él es el principal interesado, el sujeto facultado legalmente para accionar, entonces sería exagerado sostener tesis diversas. Adolecería de impropiedad, por decir lo menos, forzarlo a proponer antes acción ejecutiva a pesar de ser notorio el riesgo de fracasar en ella, por la simple alegación de prescripción por parte del obligado. Bastante se ha dicho que es requisito primordial del título ejecutivo el ser indubitado y precisamente este requisito no queda satisfecho en la hipótesis dicha, de donde fluye con claridad que la acción ordinaria aludida si es procedente en lugar de la ejecutiva.

"Lo dudoso (empleando el término en una exacta acepción jurídica) de un título, la ausencia de certeza plena sobre las calidades y condiciones que le dan la sustancia de "ejecutivo", autoriza escoger la vía ordinaria como mas apropiada al interés del beneficiario. Este no es ni puede serlo, víctima de la apariencia formal del instrumento contentivo de su derecho. No está forzado accionar ejecutivamente exponiéndose a sufrir consecuencias desfavorables por varios aspectos. En similar posición se encuentra la persona a quien le haya sido denegado mandamiento ejecutivo en su favor, por auto ejecutoriado. Obvio que tal persona en realidad se ve compelida a accionar ordinariamente" (4).

Aun cuando el criterio anterior fue expuesto durante la vigencia de la ley 105 de 1931, conserva actualidad, tanto con el código que rige desde el 1º de julio de 1971, como con las reformas introducida por el decreto 2282 de 1989 y por la ley 794 de 2003.

Es evidente que si la persona que cree tener la calidad de acreedora de otra, duda de la idoneidad de su título para demandar ejecutivamente, y por esta razón formula demanda para que en proceso de conocimiento se le reconozca su crédito, sería ilógico que el juez al resolver sobre su admisión decidiera ordenar el trámite previsto para

el proceso de ejecución, so pretexto de encontrarle mérito ejecutivo al documento aportado por el demandante; ciertamente con tal proceder el funcionario estaría asumiendo una responsabilidad frente al actor no pedida por éste, si a la postre en virtud de recurso o excepción se resolviera la insuficiencia o ineficiencia del documento dicho como título ejecutivo.

Téngase presente que el artículo 882 del Código de Comercio expresamente autoriza que el acreedor cambiario que deja caducar o prescribir el título –valor contentivo de su crédito puede demandar en otro proceso a quien se ha enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o de la prescripción, sin exigir que previamente se agote el proceso ejecutivo.

En relación con la procedencia de la tramitación del proceso ordinario en lugar del ejecutivo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que "si el título o documento que puede servir de base para el ejercicio del derecho de acción, no ofrece la plenitud probatoria que exige el art 488(del C. de P.C) contra quien habría de ser demandado, o así lo considera quien va a promover la actuación, resulta pertinente seguir el trámite del proceso ordinario, a fin de lograr los pronunciamientos que esclarezcan la situación litigiosa que impongan las condenas que fuesen necesarias" (sentencia de agosto 9 de 1989)".

Trayendo el caso a nuestra jurisdicción, si el administrado no está seguro de que un acto administrativo presta mérito ejecutivo, puede ejercer el derecho de petición para que se le reconozca y si no se le reconoce puede demandar el acto; igual conducta puede asumir el contratista que no está seguro de que los documentos constituyan título ejecutivo, acudiendo al ordinario contractual.

Se considera entonces que el entendimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe hacerse a partir de analizar si existe o no un acto frente al cual el administrado tiene algún reparo total o parcial, porque en ese caso, se debe tramitar el proceso de nulidad y restablecimiento, so pena de violar el derecho de acceso a la administración de justicia".

Las anteriores consideraciones encuentran además respaldo en las decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, adoptadas en los procesos radicados Nos 11001010200020130107900, del 6 de junio de 2.013, con ponencia del Magistrado ANGELINO LIZCANO; y 11001010200020130107000, del 26 de junio de 2013, con ponencia del Magistrado HENRY VILLARRAGA OLIVEROS; y la cual fue proferida como de unificación.

Por las razones expuestas, se revocará el auto expedido por el Juzgado 28 Administrativo del Circuito de Medellín el 30 de mayo de 2013, que decretó la nulidad de lo actuado y declaró la falta de jurisdicción para conocer del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCASE el auto del treinta (30) de mayo de dos mil trece (2013) dictado por el Juzgado Veintiocho Administrativo de Medellín, que decretó la nulidad de lo actuado y declaró la falta de jurisdicción para conocer del proceso.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
MAGISTRADO