



TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL: Estudio de casos dentro de procesos por sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en los docentes de la ciudad de Neiva

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
RINCON ANDRADE	DIANA MARCELA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
DUSSAN CABRERA	ENRIQUE

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
GOMEZ GARCIA	CARLOS

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PUBLICO

FACULTAD: CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRÍA EN DERECHO PUBLICO

CIUDAD: NEIVA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2022

NÚMERO DE PÁGINAS: 179

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 3
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

Diagramas Fotografías Grabaciones en discos Ilustraciones en general Grabados
Láminas Litografías Mapas Música impresa Planos Retratos Sin ilustraciones Tablas
o Cuadros

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: N/A

MATERIAL ANEXO: N/A

PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>	<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1. Cesantías	Layoffs	6. Responsabilidad Estatal	State Responsibility
2. Prestaciones Sociales	Social Benefits	7. Error jurisdiccional	Jurisdictional error
3. Servidores Públicos	Public Servers	8. Jurisdicción y competencia	Jurisdiction
4. Sanción moratoria	Moratorium sanction	9. Docentes	Teachers
5. Jurisprudencia	Jurisprudence	10. Proceso ejecutivo	Executive process

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

La aplicación del artículo 2 de la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 en donde se reconoce la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos a partir de su reconocimiento, ha tenido diferentes interpretaciones por parte de los jueces de la Republica y ello ha traído como consecuencia que los jueces o bien se declaren incompetentes para conocer sobre la pretensión, o bien nieguen las pretensiones, produciendo un desgaste para los usuarios y un límite al acceso a la administración de justicia. Ello ha traído como consecuencia que algunos docentes pierdan la oportunidad de demandar por haber operado fenómenos como la caducidad de las acciones derivando en una presunta Responsabilidad Patrimonial del Estado por Error Jurisdiccional al observarse cambios bruscos de



jurisprudencial que finalmente acaban con las expectativas legítimas de quienes deciden acudir a las instancias judiciales.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The application of article 2 of Law 244 of 1995, modified by Law 1071 of 2006, which recognizes the moratorium sanction equivalent to one day's salary for each day of delay in the payment of partial or definitive layoffs of public servants to Since its recognition, it has had different interpretations by the judges of the Republic and this has resulted in the judges either declaring themselves incompetent to hear the claim, or denying the claims, causing wear and tear for users and a limit to access to the administration of justice. This has resulted in some teachers losing the opportunity to sue for having operated phenomena such as the expiration of the actions, resulting in an alleged Patrimonial Responsibility of the State for Jurisdictional Error when observing abrupt changes in jurisprudence that finally put an end to the legitimate expectations of those who decide go to court

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado:

Firma:

Nombre Jurado: Germán Alfonso López Daza

Firma: 

Nombre Jurado: 

Firma:



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 29 de septiembre de 2022

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

La suscrita DIANA MARCELA RINCON ANDRADE con C.C. No. 1.075.256.912 de Neiva, autora de la tesis y/o trabajo de grado titulado “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL: Estudio de casos dentro de procesos por sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en los docentes de la ciudad de Neiva” presentado y aprobado en el año 2022 como requisito para optar al título de MAGISTER EN DERECHO PUBLICO; autorizo al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

DIANA MARCELA RINCON ANDRADE

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

Vigilada Mineducación

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR

JURISDICCIONAL

Estudio de casos de jurisdicción dentro de procesos por sanción moratoria
por el pago tardío de las cesantías en servidores públicos especialmente
docentes

TESIS

DIANA MARCELA RINCÓN ANDRADE

GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA

Director

Universidad Surcolombiana

Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas

Maestría en Derecho Público

Neiva, mayo de 2022

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	15
1. LA SANCIÓN MORATORIA DE LA LEY 244 DE 1995 Y EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE ESPECIALIDADES DERIVADO DE ESTA	15
1.1. Prestaciones Sociales	17
1.1.1. Cesantías.....	19
1.2 Sanción Moratoria establecida en la Ley 244 de 1995	24
1.3 El procedimiento en las distintas especialidades.....	29
1.3.1 Los procedimientos especiales en materia laboral. El Juicio ejecutivo	29
1.3.2 Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho	32
1.3.3 Acción Ejecutiva en la especialidad Contenciosa.....	34
1.4 Conflicto de Competencias.....	36
1.4.1 Análisis de la Posición del Tribunal Superior de Neiva Sala Civil Familia Laboral.....	38
1.4.2 Análisis de la posición de los Jueces Laborales Del Circuito De Neiva	44

Juzgado Primero Laboral Del Circuito.....	44
1.4.3 Análisis de la Posición del Tribunal Administrativo del Huila.....	54
1.4.4 Análisis de la Posición de los Jueces Contenciosos Administrativos De Neiva	56
1.5 Línea Jurisprudencial Del Consejo De Estado	58
1.6 Línea Jurisprudencial Del Consejo Superior De La Judicatura.....	62
CAPITULO II.....	72
2. LA RESPUESTA DEL JUEZ DE TUTELA FRENTE AL CONFLICTO DE COMPENTENCIAS	72
2.1 Procedencia de la Acción de Tutela Frente a Decisiones Judiciales	75
2.2 Nulidad por Violación al debido proceso y acceso a la administración de justicia según el Consejo de Estado.....	78
2.3 La No Violación de los Derechos Fundamentales Según La Corte Suprema de Justicia.....	89
2.4 Escaso pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura..	95
2.5 Unificación jurisprudencia de la Corte Constitucional: violación a los derechos fundamentales a la igualdad en las decisiones judiciales, favorabilidad laboral y violación directa de la constitución.	97

2.6 Caso del Señor Reinaldo Ramírez Ramírez- Ocho años de conflicto de competencias y dos más de proceso	102
2.7 Las consecuencias de los cambios de Jurisprudencia	109
CAPITULO III.....	110
3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL.....	111
3.1 Conflicto de Jurisdicción	113
3.2 El cambio jurisprudencial.....	117
3.3 Aplicación del precedente jurisprudencial	120
3.4 Retroactividad y retrospectividad de la jurisprudencia.....	129
3.5 La Jurisprudencia anunciada como posible solución.....	133
3.6 La caducidad de la acción	136
3.7 La responsabilidad del Estado.....	140
3.7.1 El daño antijurídico.....	143
3.7.2 Del error judicial- jurisdiccional.....	147
CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFIA.....	168
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	170
REFERENCIAS NORMATIVAS.....	174

TABLA DE ILUSTRACIÓN

Ilustración 1 Creación Propia.....	74
------------------------------------	----

INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad patrimonial del Estado contaba con un desarrollo netamente jurisprudencial, situación que generaba en ocasiones debilidad jurídica al momento de perseguir la misma, pues dependía de la adecuación de cada caso. Fue solo hasta su expedición que se contempló en el artículo 90 la responsabilidad patrimonial tanto contractual como extracontractual del Estado, cimentada en la demostración del daño antijurídico y su imputabilidad al Estado conforme lo dispone el mismo artículo, pero además en un elemento adicional establecido a rango jurisprudencial, el cual es el título de la responsabilidad o su fuente. Es de precisar que la responsabilidad patrimonial del Estado surge del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento por parte de sus agentes, de los deberes legales y constitucionales que le son inherentes por el ejercicio del cargo, y que tiene repercusiones bien en un particular o inclusive en otro agente del Estado.

Conforme el título, a través del presente trabajo se pretende estudiar la eventual responsabilidad del Estado en la reparación del daño antijurídico causado a docentes que acudieron a la jurisdicción en busca del pago de la sanción moratoria consagrada en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de

1995, pero que ante la disparidad de criterios jurisprudenciales frente a la asignación de competencia entre la jurisdicción contenciosa administrativa y laboral para la cognición de la demanda, ocasionó que muchos de ellos perdieran la oportunidad de acudir a la jurisdicción correcta, o que cuando les fue reconocido el derecho, la suma de la condena esperada, fuera irrisoria en atención al transcurso del tiempo.

Dilucidado el daño antijurídico, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado a estudiar, es la de la administración de justicia a título de error judicial específicamente en lo concerniente a la interpretación y aplicación normativa que han otorgado los jueces y magistrados de la Republica a al parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 “por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”, dentro de los procesos judiciales encaminados al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, especialmente de los docentes.

El reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995 y modificada por la ley 1071 de 2006, tiene como premisa que cuando la entidad encargada del pago de las cesantías parciales o definitivas exceda el término contenido en el artículo 1° de la misma ley, deberá pagar al servidor público, un día de salario por cada día

de retraso en el pago de aquellas a partir de que se da su reconocimiento, precisado que dicha sanción será con cargo a los recursos propios de la entidad. La aplicación de esta norma ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de los funcionarios judiciales que integran los órganos jurisdiccionales de la República, trayendo como consecuencia que existan casos donde los jueces a los que por reparto les correspondió el proceso se declaren incompetentes para conocer o nieguen las pretensiones encaminadas a la materialización de la citada norma; produciendo esto inseguridad jurídica, obstaculización en el acceso a la justicia y un desgaste del aparato judicial.

La problemática en torno a la aplicación de la mentada norma surge debido al interrogante acerca de cuál es la jurisdicción o en quien recae la competencia para conocer del asunto, pues como se expondrá más adelante, diversas interpretaciones sobre el mismo punto ha generado duda frente a quién es el juez natural de conocimiento de este tipo de procesos que nacen luego de que el servidor público solicita el pago de sus cesantías sean parciales o definitivas, y la entidad encargada ordena su pago mediante un acto administrativo, y por diversas razones su consignación excede los plazos establecidos en la norma, situación que ocasiona que la entidad incurra en mora, configurando el derecho del servidor público a la sanción moratoria, respecto de la cual se debate si su reconocimiento debe ser automático o si por el contrario debe mediar pronunciamiento por parte de la

administración reconociendo la misma, y así lograr determinar ante qué jurisdicción debe acudir.

Frente a ello, se avizora que en la jurisdicción contencioso administrativa existen procesos que surgieron con la pretensión de buscar la nulidad y restablecimiento del derecho contenido en un acto administrativo que pese haber reconocido el pago de cesantías parciales o definitivas, no cumplió el término legal para su consignación, y como consecuencia de ello se pretende el pago de la sanción moratoria.

No obstante y con ocasión de una sentencia del año 2014 emanada del Consejo Superior de la Judicatura, en la que se estableció frente a la sanción moratoria que, “todos los procesos que contengan el pago de tal sanción deben tramitarse como ejecutivos”; los juzgados administrativos y el mismo Tribunal administrativo resolvieron declararse incompetentes remitiendo así los procesos a los juzgados laborales quienes tienen como teoría “la no existencia del título ejecutivo”, por considerar que los actos administrativos carecen de los requisitos para su materialización, razón por la cual no les queda otra alternativa jurídica que negar el mandamiento de pago o declarar en la etapa de las excepciones la inexistencia del título.

Dicha situación desencadenó en que algunos docentes que perseguían el reconocimiento y pago de la sanción acudieran a la jurisdicción laboral con

un plazo de prescripción de 3 años pero cuyo derecho fue negado perdiendo la oportunidad de controvertir el acto administrativo de origen de la controversia pues la caducidad del medio de control se cumple a los 4 meses.

En el mes de febrero del año 2017, el Consejo Superior de la Judicatura, nuevamente replantea su posición unificando los criterios expuestos y estableciendo pautas para orientar a los juzgados y tribunales en cuanto a la competencia respecto del conocimiento de los procesos judiciales que persiguen la sanción moratoria, dado que para el momento existía total disparidad debido a la posición que la corporación había adoptado tres años antes.

Los despachos judiciales de la ciudad de Neiva no han sido ajenos a este fenómeno jurídico, pues hasta el año 2013 el Tribunal Superior Sala Civil Familia Laboral mantuvo la teoría de la existencia del título ejecutivo complejo, dando confianza legítima a los usuarios de la justicia, en este caso a los servidores públicos, para presentar sus demandas a través del proceso ejecutivo; posición que cambió ese mismo año, creando precedente para los Juzgados Laborales del Circuito de Neiva, quienes aún continúan negando los mandamientos de pago bajo el argumento de la inexistencia del título ejecutivo. Es decir, hasta ese momento y luego de la sentencia proferida en el año 2014 por el Consejo Superior de la Judicatura, los servidores públicos

se abstuvieron de iniciar el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho ante la jurisdicción contenciosa, para acudir a la jurisdicción laboral a través de demanda ejecutiva con el fin de lograr el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

De lo expuesto se desprende la importancia de la presente investigación que parte desde la definición de la prestación social que se denomina cesantías así como de la sanción moratoria, para posteriormente abordar el tema que nos atañe, esto es la sanción moratoria causada por el pago extemporáneo de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, especialmente docentes, quienes han visto casi frustrado su derecho prestacional con ocasión de las diversas interpretaciones otorgadas por las diferentes jurisdicciones, laboral y contencioso administrativa, petrificando en algunos casos su acceso a la administración de justicia, y causando graves daños antijurídicos debido a la inseguridad jurídica generada por el actuar de los jueces.

Es por ello que académicamente resulta trascendental conocer las diversas posturas que en los últimos años han adoptado los jueces respecto de este tema y la manera en la que han abordado la situación, para así comprender la posición jurídica tanto de los Juzgados Laborales del Circuito según la cual “no existe el título ejecutivo” como la de los juzgados administrativos, pues solo así se tendrá conocimiento y certeza de la

magnitud de la problemática que gira en torno al estudio del reconocimiento de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, en especial las de los docentes y de esta forma, realizar un adecuado uso de los mecanismos y argumentos jurídicos que se deben impetrar al momento de solicitar el reconocimiento y pago de la mentada sanción por la vía judicial, evitando a toda costa que los jueces, independientemente de la jurisdicción, se declaren incompetentes para conocer.

Lo anterior debido a que como es sabido por parte de los abogados litigantes, previo a incoar una acción o medio de control ante cualquiera de las jurisdicciones, se debe revisar la norma procesal a efectos de prever aspectos como lo son los requisitos de la demanda, las causales de inadmisión, las posibles excepciones previas a interponer por la contraparte y, especialmente lo relacionado con los factores de competencia, los cuales son determinados de acuerdo con seis criterios establecidos a nivel legal y doctrinal así: objetivo, subjetivo, territorial, conexión y funcional.

Para el caso que se presenta se tiene que, cuando el operador judicial se percata de que carece de jurisdicción o de competencia, debe mediante decisión motivada ordenar remitir el expediente al funcionario competente, no obstante, y aunque así sucede en la realidad, en ocasiones los términos procesales no dan espera, y ello en atención a sus cualidades de perentorios y preclusivos, que de una u otra manera conllevan a que quienes de manera

equivoca o guiados por las interpretaciones que los jueces han otorgado a las normas procesales, radican una demanda ante una jurisdicción que no corresponde, vean frustrado su derecho, como si las normas procesales por el simple hecho de ser de orden público, pudiesen desconocer derechos de carácter sustancial.

Quiere decir lo anterior que, cuando debido a interpretaciones erróneas o dispares entre sí, efectuadas por los operadores judiciales respecto de la competencia de los jueces para conocer de determinados asuntos, un usuario de la justicia se ve inmerso en una casi sin salida mora judicial y ante una probable pérdida de su derecho, se configura un claro ejemplo de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial.

La responsabilidad patrimonial del Estado que se predica en esta investigación, nace precisamente de la disparidad de criterios entorno a cuál es la jurisdicción a la que le corresponde el conocimiento de los procesos judiciales en los que se persigue el pago de la sanción moratoria, y es debido a dicho dilema jurídico procesal que, muchos usuarios de la justicia, han tenido que esperar casi una década para obtener la resolución de sus pretensiones, hecho que ha generado que sea la administración de justicia quien vulneré aún más desde la óptica del derecho procesal, un derecho sustancial que ya había sido violentado por parte de la entidad encargada del reconocimiento de la prestación, es decir, ocasionando en el docente un

daño antijurídico que consiste en endilgarle la carga de escoger ante qué jurisdicción acudir, bien sea la contenciosa administrativa o laboral, lo que ocasionó inevitablemente que si el docente había escogido el juez no competente, perdiera la oportunidad de acudir al juez natural en atención al paso del tiempo y a la configuración del fenómeno de la caducidad o de la prescripción.

Contrario sensu, si el docente contaba con suerte, su demanda era remitida por competencia al juez natural, pero ante el conflicto negativo de competencias surgido con posterioridad, cuando llegaba el momento de obtener el pago de la sanción por mora, la suma de la condena constituía un valor irrisoria debido al tiempo transcurrido desde el momento de la presentación de la demanda, hasta que se decidía el conflicto de competencia, y se fallaba.

Lo anterior resultó una carga sumamente desproporcional y sin fundamento jurídico, que durante años padecieron muchos docentes. Obviando la administración su deber de dar aplicación uniforme a la norma procesal, y ante disparidad, correspondía a las altas cortes dirimir la controversia procesal, y aunque en principio sucedió, la decisión no conllevó a una solución definitiva a corto plazo, y ello desencadenó en la configuración de responsabilidad patrimonial del Estado a título de error jurisdiccional.

Es pertinente aclarar que, para que sea procedente la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial no es necesario que se califique la conducta del operador judicial que adoptó la decisión que conllevó a la materialización del daño antijurídico en el usuario de la justicia, basta con que se verifique dicho daño como consecuencia de la decisión, y que el afectado no se encontraba en la obligación de soportar para que se torne viable la acción y el consecuente estudio de los demás elementos.

La presente tesis abordará la problemática antes mencionada en tres capítulos cuyo contenido se encuentra definido de la siguiente manera:

En el primer capítulo se busca identificar las causas que originan la problemática descrita en las líneas que anteceden, partiendo de la literalidad de la norma, así como de sus posibles interpretaciones. Posteriormente en el segundo capítulo se analizan algunos pronunciamientos judiciales, principalmente en el circuito judicial de Neiva y en los despachos judiciales en los que ha surgido el conflicto negativo de competencia, encontrando que son los relativos a la jurisdicción o a la procedencia de cierto tipo de acciones, los que traen como consecuencia traumatismos en el acceso a la administración de justicia, pues impiden que los usuarios puedan confiar de manera legítima en los mecanismos judiciales que a la luz de la norma procesal y de la jurisprudencia son procedentes para reclamar sus

pretensiones. Para ello se revisó el comportamiento y dinámica de la jurisprudencia a propósito de la sanción moratoria y se determinó el estado actual de la misma, encontrando cuál es la jurisdicción que en la actualidad ostenta la competencia para conocer de los procesos judiciales en los que se persigue el pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, así como el medio de control que se torna procedente.

De igual manera es de precisar que en el segundo capítulo se estudia la procedencia de la acción de tutela frente a las decisiones judiciales adoptadas en curso de los procesos antes expuestos, por la presunta vulneración de derechos fundamentales conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional con ocasión de violación a los derechos a la igualdad en las decisiones judiciales, favorabilidad laboral y violación directa de la Constitución Política.

Así, se abordará el tercer y último capítulo desde la configuración de la responsabilidad patrimonial del estado en la administración de justicia por error judicial, analizando los daños antijurídicos ocasionados con la variación de la jurisprudencia y su consecuente conflicto de competencias, así como la inminente atribución de la responsabilidad imputable al Estado, y su obligación de indemnizar a los usuarios de la justicia, quienes sin justificación alguna vieron afectados sus derechos prestacionales debido a la defectuosa prestación del servicio judicial.

Para dar respuesta a la tesis abordada fue necesaria la recolección de información en los distintos Juzgados del Circuito de Neiva, particularmente en los tres juzgados laborales, y en los nueve juzgados administrativos por ser los despachos judiciales en donde se materializó el conflicto de competencia. De la misma forma fue imprescindible la revisión de las decisiones judiciales emitidas por el Tribunal Superior de Neiva Sala Civil Familia Laboral conformada por los magistrados: Edgar Robles Ramírez, María Amanda Noguera, Alberto Medina Tovar, Enasheilla Polanía Gómez y Nubia Ángela Burgos Díaz y por el Tribunal Administrativo del Huila.

Para resolver la problemática planteada se realizaron diversas indagaciones normativas.

De la misma manera se llevó a cabo una revisión exhaustiva en los portales web del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado, a fin de verificar las decisiones de estos órganos colegiados respecto del tema analizado. Se identificó la variación o la constante en los despachos y la razón de los cambios en sus interpretaciones, se estudió el valor del precedente jurisprudencial, el conflicto de competencias presentado en la jurisdicción en sus especialidades contenciosa administrativa y laboral, y cómo se ha resuelto hasta ahora, y las consecuencias que de ella se desprenden.

Por último, se aborda el desarrollo normativo y jurisprudencial que se le ha dado a la responsabilidad extracontractual del Estado, para descender al tema en concreto objeto de la presente tesis, respecto de la presunta responsabilidad por error jurisdiccional, al existir una errada interpretación normativa por parte de los operadores judiciales frente a la competencia para conocer de las demandas cuya pretensión es obtener el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías de docentes, así como de la jurisprudencia que ha decantado el tema. Lo anterior con ocasión del daño antijurídico materializado en la eventual pérdida del derecho padecida por el docente para demandar ante la jurisdicción correcta, sea por el transcurso del tiempo y la operancia de la caducidad o de la prescripción, o porque al momento de llegar su demanda a la jurisdicción correcta, el pago de la sanción fue tan extemporáneo, que no logró su fin, indemnizar, solo fue un pago irrisorio debido a los años de espera.

Todo lo anterior, originado en el desconocimiento de la fuerza y aplicación del precedente judicial emitido por el Consejo de Estado en el año 2007, en su calidad de máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, pues si los jueces contenciosos, laborales, y el mismo Consejo Superior de la Judicatura, hubiesen dado aplicación al precedente vertical emitido por la corporación, en el sentido de tramitar los procesos judiciales cuyas pretensiones giraran en torno al reconocimiento de la

sanción por mora en el pago de las cesantías, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; muy posiblemente se hubiese evitado petrificar el derecho de muchos docentes que acudieron a la jurisdicción en busca de un acceso efectivo a la administración de justicia, pero que ante la disparidad de criterios, y una indebida aplicación de la norma, más exactamente de la jurisprudencia vigente, se incurrió en error jurisdiccional por parte de los operadores judiciales, quienes al fallar con fundamento en interpretaciones de providencias proferidas con ocasión de los conflictos de competencia, y del mismo parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, frustraron el derecho de servidores públicos que buscaban obtener de la administración de justicia, el reconocimiento y/o restablecimiento de un derecho ya vulnerado por parte de la entidad encargada del pago de una prestación social propia de un derecho social y patrimonial como es el trabajo, y su dignificación.

CAPITULO I

1. LA SANCIÓN MORATORIA DE LA LEY 244 DE 1995 Y EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE ESPECIALIDADES DERIVADO DE ESTA

La consagración de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas a los servidores públicos, se encuentra establecida en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995 que fue modificada por la Ley 1071 de 2006, y se instituyó como una indemnización a cargo de la entidad encargada del pago de la prestación, cuando se incumple el término establecido en el artículo 1° de la misma ley, y que conlleva al pago de un día de salario por cada día de retraso en la consignación de las cesantías a partir de que se efectúa su reconocimiento mediante el correspondiente acto administrativo, a favor del servidor público. El pago de dicha indemnización tiene origen en los recursos propios de la entidad.

Frente a la definición de la sanción moratoria y los requisitos para su causación no existe discrepancia alguna, dado que es clara la razón que conlleva su configuración. La problemática relacionada con su reconocimiento se da, cuando luego de que la entidad incumple el lapso legal para el pago de las cesantías, el servidor público tiene la carga de provocar otro acto administrativo con el fin de que se reconozca la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías, cuya motivación y parte resolutive resultan en una respuesta negativa por parte de la entidad o en ocasiones en un silencio administrativo negativo. Es a partir de ello que el servidor público tiene la posibilidad de acudir ante la administración de justicia con el fin de lograr que por la vía judicial se ordene a la entidad el pago de la sanción moratoria por no consignarle a tiempo sus cesantías.

Es en el momento en el que se debe escoger ante qué jurisdicción incoar la acción o medio de control para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, que se genera el conflicto negativo de competencia entre la jurisdicción laboral y contencioso administrativa, pues ambas aducían no ser la jurisdicción idónea para conocer de este tipo de procesos debido a errores en la interpretación y aplicación de la norma que consagra la indemnización, pues por un lado no se tenía certeza acerca de si el acto administrativo que reconocía las cesantías y la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995 (sin mediar acto administrativo respecto

de esta, es decir, se causaba automáticamente) constituían un título ejecutivo complejo, debido a que no reunía los requisitos propios para ejecutarse; y por otro lado, si lo que debía proceder era acudir a la jurisdicción contenciosa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener su reconocimiento.

Es a partir de ello que se genera el llamado conflicto de competencias para el conocimiento de la sanción moratoria, el cual se desarrolla a continuación.

1.1. Prestaciones Sociales

Para indagar acerca de las sanciones por el no pago de las cesantías debe obligatoriamente iniciarse con la conceptualización sobre lo que responde a prestaciones sociales las cuales se constituyen en pagos a los que tiene derecho el trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, y cuyo objetivo es cubrir contingencias originadas durante o posterior a la relación de trabajo pero necesariamente con motivo de esta, de hecho, son propias de los contratos de trabajo razón por la cual en ninguna otra modalidad contractual se evidenciarán (González, 1994).

Las prestaciones sociales se reciben directamente del empleador, por las cajas de compensación familiar o del sistema integral de seguridad social. Por regla general, de las recibidas por parte del empleador se encuentran “las cesantías, los intereses de las cesantías, las primas de servicios, dotación, auxilio de transporte y el permiso remunerado para lactar; en el caso de las vacaciones, también están a cargo del empleador aunque estas jurídicamente no sean prestación social” (Cerón, 1998), existen otras prestaciones sociales que no se encuentran a cargo del empleador, por lo que no se abordaran en su estudio aunque se mencionan, las que paga el sistema de seguridad social a manera de ejemplo, las pensiones por invalidez, vejez o muerte, los auxilios funerarios y las incapacidades cuando superan los dos días, y las cajas de compensación familiar entregan los subsidios de desempleo, subsidio de educación y otro tipo de beneficios familiares.

Todas las prestaciones sociales tienen carácter de irrenunciables pues las normas laborales que las reconocen son de aquellas de orden público, que no pueden ser modificadas por las partes y que son inherentes al trabajador con motivo, como ya se sostuvo, a su contrato de trabajo. (Benítez, 2010)

Al centrar esta investigación en la consecuencia jurídica por el no pago de las cesantías, a continuación, se explicará y se ahondará únicamente respecto a esta prestación.

1.1.1. Cesantías

Las cesantías son una prestación social reconocidas por el empleador a sus trabajadores con el objetivo de protegerle o asegurarle una base económica para cuando este quede cesante o desempleado, el equivalente a lo que se conoce en otros países como seguro de desempleo (Plazas, 2011), razón suficiente para que las mismas, no sean entregadas directamente al trabajador, sino que deban ser consignadas a un fondo de cesantías escogido por este. En principio, las cesantías deben liquidarse de manera definitiva al momento de la terminación del contrato de trabajo o de la vinculación del empleado según sea el caso, sin embargo, existen escenarios en las que el legislador ha autorizado el pago anticipado de las cesantías primordialmente para temas de mejora, construcción o adquisición de vivienda, y pagos en la educación.

Para los trabajadores oficiales, frente a esta prestación se establece que “los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán del auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio” (Ley 6, 1945, art. 17); posteriormente, y teniendo en cuenta que en dicha ley se omitió señalar las bases para liquidar las cesantías, se indicó que las cesantías de:

Los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses (Decreto 2567, 1946, art. 1).

Con la expedición de la ley 65 de 1946, se le otorgó el auxilio de cesantías a los trabajadores de la Nación hubiese o no escalafonado en la carrera administrativa, situación que fue reiterada en el Decreto 1160 de 1947. Sin embargo, en este momento el régimen del pago de auxilio de cesantías era retroactivo, queriendo con ello decir que las mismas se liquidaban al momento de la terminación del vínculo del servidor con el Estado, situación que generaba una carga muy onerosa pues el auxilio era liquidado para ser reconocido en un solo pago.

Con la expedición del decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro, dándose el primer paso para desmontar el régimen de retroactividad de las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestaran los servicios al Estado, excluyendo de este sistema al Congreso de

la República, las Fuerzas Militares y de Policía. Como consecuencia de lo anterior,

Se ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social liquidar de manera definitiva las cesantías de sus afiliados desde el 31 de diciembre de esa anualidad, y para los que no hicieran parte, la liquidación debía efectuarla cada establecimiento público o empresa Industrial y comercial del Estado del orden nacional. (Villegas, 2005).

En 1989, por medio de la Ley 91, se crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación y cuyo fin principal es el pago de las prestaciones sociales del personal docente, entiéndase por prestaciones las pensiones de invalidez, vejez, muerte, reliquidación pensional, sustitución pensional, auxilio funerario, seguro de muerte y no menos importante, las cesantías parciales o definitivas (Ley 91, 1989) En la actualidad tal administración está en cabeza de la Fiduprevisora. (Fiduprevisora, 2019)

La expedición de la Ley 50 de 1990 introdujo cambios trascendentales en la normatividad laboral de los trabajadores particulares pues modificó todo el régimen de cesantías del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, tal norma no le es aplicable a los servidores públicos pero sirvió de antecedente para la expedición de la Ley 244 de 1995 por medio de la cual se fijan

términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, norma fundamental para el desarrollo de este capítulo pues de ella se desprende la sanción moratoria en razón a un día de salario por cada día de mora desde que se venzan los términos para pagar las cesantías parciales o definitivas para los servidores y hasta cuando se produzca la consignación material del dinero.

Al año siguiente, se expide la Ley 344 de 1996 que busca racionalizar el gasto público y en ella se ordena liquidar todas las cesantías de los servidores públicos cada año a corte 31 de diciembre, bien por el año completo o por la fracción de año trabajado, y en el mismo sentido estableció la condición de la apropiación presupuestal para reconocer y pagar las cesantías parciales o los anticipos de cesantías, sin embargo, en pronunciamiento seguido de la Corte Constitucional se eliminó la palabra reconocimiento, por cuanto para el reconocimiento no se necesita apropiación presupuestal, en palabras de la Corte,

El reconocimiento de las cesantías parciales no puede estar supeditado a la disponibilidad presupuestal, por cuanto independientemente de que existan o no los recursos asignados para el efecto, lo cierto es que el derecho subjetivo no nace de la posibilidad o no de pago efectivo de la obligación a cargo de la administración. Absurdo sería atar el derecho mismo a la capacidad

de pago del deudor, ya que sin contar que éste quiera o pueda pagar, el derecho nace de la ocurrencia de otro tipo de circunstancias, a la luz de la normatividad vigente. Si la autoridad pública encuentra que el solicitante cumple todos los requisitos para el reconocimiento de una prestación, aquélla está en la obligación de reconocer el derecho, con independencia de que existan recursos disponibles para hacer efectivo su pago, si encuentra configurados los requisitos que la ley señala. (CConst, T- 363-97, J. Hernández)

Con ello queda claro que es diferente el momento de reconocimiento al momento de pago de las cesantías. Vale agregar que, con la Ley 344 se da fin al sistema de la retroactividad de las cesantías definitivamente.

Con la transformación del Fondo Nacional del Ahorro, de establecimiento público a empresa social y comercial del Estado, mediante la Ley 432 de 1998, se crea la obligación de afiliar a los empleados públicos a este Fondo, sin embargo, el fondo designado para la administración de las cesantías de los docentes vinculados al magisterio seguía siendo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG.

Posteriormente se expide el decreto 1582 de 1998, “por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 5 de la Ley 432 de 1998”, permitiéndosele a los servidores del Estado,

vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro.

En la actualidad el régimen general de liquidación de cesantías es el anualizado, quedando por excepción el régimen de retroactividad para aquellos servidores del Estado que ingresaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996 y no se acogieron al nuevo sistema (Ortiz, 2012).

1.2 Sanción Moratoria establecida en la Ley 244 de 1995

La Ley 244 de 1995 por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, y que fuera modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, indica dentro de su articulado que:

Luego de presentada la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas por parte de los servidores públicos, la entidad deberá dentro de los quince (15) días hábiles siguientes expedir la resolución otorgándolas siempre que la misma solicitud cumpla con todos los requisitos legales, si no está completa, la entidad está en la obligación de informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, indicándole las falencias para ser subsanadas. Luego se contarán cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que el acto

administrativo de liquidación de cesantías definitivas quede en firme, para que la entidad cancele el valor de la prestación social.

En el párrafo del artículo 2 de la mentada ley, se señala que:

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. (Ley 244, 1994, art.2, párrafo)

Al respecto, dispuso la Corte Constitucional que, “En el mismo sentido no se requiere partida presupuestal que garantice el pago de dicha sanción por cuanto la mentada ley no lo exige” (Corte Constitucional, T-777-08, R. Escobar).

De manera que la entidad pagadora tiene un plazo de máximo 70 días hábiles posteriores a la radicación de la petición del pago de las cesantías so pena de iniciar a computarse la sanción moratoria referida, la cual es automática, y ni siquiera requiere del pronunciamiento expreso de la entidad,

adicionándosele por supuesto, el termino de ejecutoria del acto administrativo que con la Ley 1437 es de 10 días hábiles, y que antes del 2011, era de 5.

Así se fijó como regla jurisprudencial conforme la sección segunda del Consejo de Estado, y en la que se indica que:

Cuando la administración no resuelve la solicitud de la prestación social, parcial o definitiva, o lo haga de manera tardía, el termino para iniciar el cómputo de la sanción moratoria inicia desde el día siguiente de la radicación de la petición, por lo que se contabilizaran 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, más 10 días del término de ejecutoria (5 si se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984), y 45 días hábiles a partir del día que queda en firme la resolución. (Consejo de Estado, 19 Jul/2018, 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), S. Ibarra).

En este contexto, los servidores públicos que solicitaban la liquidación de las cesantías parciales, a partir de su radicación, contaban 65 o 70 días para que la entidad cancelara tal valor, y luego iniciaba a correr la sanción moratoria. Posteriormente mediante petición elevada a la entidad se solicitaba la liquidación y pago de la sanción de la moratoria en la cual se

podían presentar situaciones entre las cuales podría suceder o bien un acto administrativo en el cual se niega la petición del servidor, o se producía el fenómeno jurídico denominado silencio administrativo negativo originándose un acto administrativo presunto negativo. En todo caso, la administración negaba la petición razón por la cual al servidor público no le quedaba otro camino que acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de que a través de, inicialmente la reparación directa (Consejo de Estado, 27 Mar.2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus) y posteriormente, la acción de nulidad y restablecimiento, se le reconociera el derecho y en virtud del restablecimiento se le condenara a la entidad pagadora a cancelar la correspondiente sanción.

Sobre las múltiples hipótesis que se podrían presentar y previendo esta situación, el Consejo de Estado en Sala Plena, realiza análisis donde señala algunas posibles que puede suceder:

- La administración no se pronuncie sobre la petición del servidor sobre sus cesantías.
- La entidad si responde, pero no reconoce las cesantías por diversas circunstancias y por tanto no las paga.
- La entidad sí reconoce las cesantías, pero puede pasar que no las paga que las paga tardíamente.

- La entidad reconoce extemporáneamente las cesantías y no las paga o las paga tardíamente
- el servidor no está de acuerdo con el valor reconocido en las cesantías.
- O ya existe petición sobre la sanción moratoria, la entidad reconoce sanción, pero el servidor no está de acuerdo con el monto

Cuando existe discusión del contenido del acto administrativo, según la sentencia señalada, la acción que procede es la de nulidad y restablecimiento del derecho de contenido laboral. Cuando no exista controversia del derecho, pues 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. (Consejo de Estado, 27 Mar. 2007, 76001233100020000251301, J. Lemus).

Concluye la sala plena, señalando,

“(…) En conclusión: 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.” (Consejo de Estado, 27 Mar/2007, 76001233100020000251301, J. Lemus).

1.3 El procedimiento en las distintas especialidades

1.3.1 Los procedimientos especiales en materia laboral. El Juicio ejecutivo

El juicio ejecutivo es el conjunto de actuaciones tendientes a obtener plena satisfacción de una prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado, la cual debe estar contenida en una sentencia o un documento emanado directamente del deudor que cumple con los requisitos de ley (Azula, 2009).

El artículo 100 del Código Procesal del Trabajo, señala que “son exigibles por la vía ejecutiva 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.” (Código procesal del trabajo, art. 100). A su vez el Código General del proceso expresa en su artículo 422¹, además de las cualidades generales del título ejecutivo, ello es que se contenga una obligación clara, expresa y exigible, se indica que debe constar en un documento, que el mismo provenga del deudor o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, que el documento sea plena prueba, que por sí solo baste para tener por probado un hecho (Ossorio, 1963), requisito último que se refiere a la autenticidad del mismo (Vargas et al. 2013), teniendo en cuenta que si habiéndose aportado al proceso un documento y se ha afirmado que ha sido suscrito o manuscrito por la parte contra quien se opone y este no haya sido tachado, se deberá tener certeza de su validez (Mora, 1985).

¹ Antes 488 del Código de procedimiento Civil

Sin embargo, no deben obviarse las reglas de competencia que rigen cada jurisdicción, al respecto, establece el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo los asuntos propios de su competencia general, entre los que se encuentran según el numeral 5, La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. (Código procesal del trabajo, núm. 5 art. 2), hasta aquí no hay ningún problema, máxime si se tiene en cuenta que la mentada norma regula las relaciones laborales propias del sector privado, y en relación con el sector público, su normatividad opera siempre que se trate de una vinculación entre trabajadores oficiales con la administración, o de controversias entre las entidades del sistema de seguridad social y sus afiliados sin importar si estos ostentan la calidad de servidores públicos.

Sin embargo, para el tema objeto de estudio, merece especial atención lo consagrado en el artículo 6 ibídem, según el cual:

Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta. (Código Procesal del Trabajo, art. 2)

Del texto del articulado se desprende que la exigencia para acudir ante la jurisdicción ordinaria cuando el sujeto pasivo es la Nación, debe,

previamente, agotarse la reclamación administrativa, especificando claro está, para los procesos contenciosos, entendiéndose estos como los ordinarios. No obstante, vale la pena rescatar la exigencia de la norma en provocar una respuesta por parte de la administración, aun cuando no se trata de demandar el acto en sí mismo.

1.3.2 Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Las formas en las que se manifiesta la administración pública requieren de especial atención en este punto, dado que constituyen el eje central dentro del medio de control a tratar. Las relaciones propias del derecho nacen a la vida jurídica a través de actos que requieren del cumplimiento de ciertas formalidades, con el fin de generar los efectos propios, al respecto, la administración pública por regla general, manifiesta su voluntad a través de actos administrativos, operaciones administrativas, hechos u omisiones y contratos. (ESAP, 2008, pág. 168)

Frente al caso de estudio, se tiene que cuando un docente solicita el pago de sus cesantías sean parciales o definitivas, la administración se pronuncia frente a tal solicitud a través de un acto administrativo, en el que en caso de ordenar el pago de la prestación, concede un término (el cual se tratara de manera detallada más adelante) para su pago efectivo. No obstante, en caso

de incumplirlo, establece el párrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, que se causara una sanción por la mora en el pago. Hasta allí todo bien.

Pero, ¿Esa sanción establecida en la norma *ibídem*, es automática? De una rápida lectura de la norma la respuesta podría ser afirmativa, sin embargo, debe tenerse especial cuidado con su interpretación, pues el sujeto pasivo de la sanción, es decir, contra quien se dirige y quien debe reconocerla con cargo a su patrimonio, es el Estado; y como se expuso en líneas que preceden, la regla general es que la manifestación de su voluntad sea a través de un acto administrativo y solo excepcionalmente, mediante el silencio administrativo negativo; pero no por ello el peticionario o cualquier otra autoridad cuenta con la finalidad de extraer sanciones automáticas contra la administración, sin su previo pronunciamiento, o sin el intento de provocar el mismo.

Por otro lado, la finalidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, es decir, de la voluntad de la administración, y el consecuente restablecimiento del derecho subjetivo lesionado y amparado por una determinada norma jurídica, y eventualmente la reparación del daño causado, y como resultado de lo anterior, se persigue igualmente una condena (Garzón, 2014).

La nulidad y restablecimiento del derecho conforme lo establece el CPACA en su artículo 138 procede cuando alguien considera que se le ha lesionado un derecho protegido bien por la acción u omisión de la administración a través de un acto administrativo particular expreso o presunto, en donde se buscará la nulidad de éste y como consecuencia de la nulidad, el restablecimiento del derecho, y eventualmente, la reparación del daño causado. (L. 1437/2011, Art. 138)

1.3.3 Acción Ejecutiva en la especialidad Contenciosa

A través del proceso de ejecución se persigue que el Estado, representado por el juez, logre por medios coercitivos, el pago de una obligación insatisfecha contenida en un título ejecutivo. No se discute en el proceso ejecutivo la existencia de la obligación, ello constituye parte del debate propio de los procesos de cognición. En el proceso ejecutivo se parte de la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible, de la cual sólo resta hacerla efectiva, obteniendo del deudor el cumplimiento de la misma (Suarez)

Al respecto, según el artículo 104 del CPACA,

La jurisdicción contenciosa administrativa conoce de los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas

por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. (L1437/2011, art. 104)

Así mismo, el artículo 297 *ibídem* regula expresamente los documentos que constituyen título ejecutivo para ser demandados por esa vía ante la jurisdicción contenciosa, y los consagra así:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.
2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.
3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad

contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.

4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar. (L1437/2011, art 297)

Como se observa de las normas en comento, el conocimiento de los procesos ejecutivos derivados de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías de los servidores públicos no corresponde a la jurisdicción contenciosa.

1.4 Conflicto de Competencias

Es posible que se presenten dos tipos de conflicto de competencias, el positivo, cuando dos jueces reclaman el conocimiento del proceso, o el negativo, cuando los funcionarios se niegan a adelantar el proceso por

considerar que no poseen competencia (López, 2017), y es sobre este último que se estudiará en este capítulo.

A raíz del pronunciamiento del 2007 del Consejo de Estado, surgió entre los jueces administrativos una tesis según la cual la acción procedente para solicitar el cumplimiento de la Ley 244, es decir la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, es una acción ejecutiva por encontrarse que al ser una obligación legal, y al lograrse comprobar que la solicitud de la liquidación y pago de las cesantías parciales se había realizado y que se había vencido el término de los 65 o 70 días que otorgaba la norma, a partir del día 66 o 71 existía un incumplimiento que debía ser ejecutado pues había una obligación clara, expresa y exigible a favor de los servidores y en contra de la administración, teniendo en cuenta que la misma sanción según la ley era automática y no ameritaba interpretación alguna.

De contera que los jueces contenciosos administrativos iniciaron a declararse incompetentes enviándose de oficio a los juzgados laborales del circuito quienes por competencia objetiva, conocían de los procesos ejecutivos derivados de una relación laboral; sin embargo, cuando los jueces laborales recibieron los procesos, los mismos consideraron que carecían de competencia en primera medida porque lo primero que se pretende es la nulidad de un acto administrativo y como consecuencia de ello la declaratoria de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, además, la pretensión es

una manifestación de la voluntad del accionante para lo que el juez está legitimado para interpretarla pero no para modificar la pretensión, pero sobre todo el argumento más importante del planteamiento de esta especialidad, es que al ser negado a través de un acto administrativo expreso o presunto, la obligación de ninguna manera es clara, requisito sine quanon se desprende la acción ejecutiva y por tanto lo procedente era una pretensión de declaración judicial que ordene a la administración cumplir con dicha obligación, argumentos que en resumen permiten acudir a un medio de control de nulidad y restablecimiento el cual es de competencia exclusiva del contencioso, y al existir un conflicto negativo de competencia los procesos fueron enviados al Consejo Superior de la Judicatura sala Disciplinaria, órgano competente, teniendo en cuenta que cuando estos ocurran “entre las jurisdicciones reconocidas por la Constitución y el concordato escapando de su conocimiento aquellos conflictos que se susciten entre autoridades judiciales que correspondan a una misma de las jurisdicciones de que se ha hecho mención” (Consejo Superior de la Judicatura, Revista Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 1992), a efectos de dirimir tal conflicto.

1.4.1 Análisis de la Posición del Tribunal Superior de Neiva Sala Civil Familia Laboral

Desde el 2011² y hasta el año 2013, respecto a la procedencia o no de la acción ejecutiva para el cobro de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Tribunal Superior de Neiva sostuvo la tesis de que la sanción moratoria es automática y por tanto no requiere ni la intervención judicial ni tampoco el reconocimiento expreso de la entidad, razón por la cual con la resolución del reconocimiento de las cesantías, la constancia de la consignación tardía de las cesantías y el certificado del salario del año en donde se alegaba, existe un título complejo, siendo la jurisdicción ordinaria laboral competente para conocer de estos procesos. Cuando no se encontraban estos documentos completos, no podría existir certeza de la misma y por tanto era viable negar el mandamiento de pago, y ello quedo establecido así:

La expresión que se destaca no deja duda, sobre que el legislador quiso que esta sanción opere automáticamente, con la sola prueba del no pago dentro del término estipulado en la norma. Es decir que, ocurrida la mora, la sanción se hace exigible por ministerio de la ley, de la misma manera como se causan los intereses moratorios, sin que sea menester declaración judicial ni reconocimiento expreso de la entidad deudora, por consiguiente, su cobro procede por la vía ejecutiva, con mayor razón, si se trata de una cantidad de dinero liquidable por una simple operación matemática, sin necesidad de

² No fue posible acceder a sentencias de años anteriores.

deducciones indeterminadas. (C. de P.C., Art. 491). (Tribunal Superior de Neiva, 13 Jul/11, A Noguera.)

Y respecto a la exigencia de la autenticidad de la primera copia de la resolución que reconozca las cesantías y que preste mérito ejecutivo, el Tribunal superior indico conforme al artículo 54 A del CPT y SS y en atención a que tal exigencia se suple con la prueba del no pago o del pago tardío, la Sala Civil Familia Laboral indica que el título ejecutivo existe a partir de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, aportada en copia autenticada como lo dispone el artículo 254 del C.P.C³

Sin embargo, el 13 de abril de 2013, en razón a una sentencia emanada del mismo órgano colegiado, cuyo magistrado ponente es el Dr. Edgar Robles Ramírez, se toma otra tesis, sentándose un nuevo precedente ya citado en las sentencias que se dictaron a continuación.

En dicha oportunidad la sala cuestiona tres situaciones, en primer lugar sí existe título ejecutivo aun cuando la administración no reconozca el monto de la sanción moratoria, es decir, aplicándose la misma de manera automática según el 5 de la Ley 1071 de 2006, en segundo lugar, la obligatoriedad o no del precedente horizontal, teniendo en cuenta que en esta oportunidad el propio tribunal iba a cambiar la interpretación que este venía sosteniendo, y

³ Hoy artículo 246 del Código General del Proceso

el tercer punto, sí el cambio de precedente sobre el caso en particular, vulneraría derechos al acceso a la administración de justicia, igualdad, confianza legítima y buena fe.

Para resolver el primer punto la Sala advierte que la jurisprudencia sobre la cuestión debatida no ha sido constante ni uniforme, que en principio se seguía la posición dada por las altas Cortes en cuanto a la sanción automática, pero que con argumentos claros, en esta oportunidad cambiaran de jurisprudencia señalando la exigencia de la decisión previa de la administración, es decir, de un acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria para conformar el título ejecutivo complejo a fin de poder demandar ante la jurisdicción ordinaria laboral, el pago de la sanción moratoria. (Tribunal Superior de Neiva, 13 Abr/13, E Robles.).

Pues bien, el honorable Tribunal entiende que debe reinterpretarse la sanción a la luz del artículo 100 y siguientes del CPT y de la SS, adicionando que además de ser claro, expreso y exigible, el título debe provenir del deudor a través de la aceptación expresa sobre su incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías y con ello el reconocimiento de la sanción moratoria, sin esto, a sentir del Tribunal, se estaría violando el privilegio que tiene la administración de la decisión previa, es decir, la oportunidad que tiene de revisar sus actos y omisiones, por lo que sería necesario acudir a la jurisdicción en su especialidad contenciosa para que se revise la legalidad

del acto administrativo existente o presunto y con ello, determinar si es viable jurídicamente el cobro de la sanción moratoria. Recalca la sala,

En síntesis, de acuerdo a este cambio jurisprudencial, en los eventos de sanción moratoria derivada de la aplicación de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 esta Sala cambia de precedente señalando que el título ejecutivo complejo en estos casos debe estar conformado por:

- a) La Resolución que reconoce el derecho a la cesantía.
- b) El escrito de reclamación a la administración de la sanción moratoria generada por la tardanza en el pago de la cesantía.
- c) El acto administrativo que reconozca la obligación por sanción moratoria a cargo de la administración. De no existir estos documentos y pretenderse el reconocimiento de la sanción moratoria, lo precedente es acudir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (T.S.N, 13 Abr/13, E Robles.).

Respecto al análisis de los otros dos problemas jurídicos, el Tribunal determina que el precedente horizontal es menos obligatorio que el vertical por cuanto se trata de pronunciamientos dados por homólogos, pero que se constituyen en criterios auxiliares de interpretación, quien decida apartarse deberá motivar su sentencia de manera concreta y completa para justificar su apartamiento de los demás.

El tercer problema jurídico respecto a sí con el cambio de precedente jurisprudencial se podría afectar derechos de los usuarios en la administración de justicia, el despacho indicó que cuando se trata de situaciones en donde se discute la esencia del derecho sustancial y no el procedimental, es decir, cuando se discute la esencia del título y sí se requiere el pronunciamiento de la administración como condición previa, para constituir el título, no se vulneran los mentados principios, ya que se trata del examen de los requisitos necesarios para la configuración del derecho sustancial (T.S.N, E Robles, 13 Abr/13.).

Dicha posición fue reiterada en múltiples pronunciamientos pues todos los magistrados que conforman la sala estuvieron de acuerdo con la decisión y tal criterio se ha mantenido hasta el momento, en ese sentido, para el Tribunal, la jurisdicción ordinaria laboral es competente para conocer de los ejecutivos sobre sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, siempre que en realidad exista título ejecutivo, situación que encuentra la suscrita es definida bien en el auto que niega el mandamiento o bien al momento de la resolución de las excepciones, en donde se alega inexistencia de título ejecutivo, todo lo anterior dependiendo de cómo se solicita la pretensión.

1.4.2 Análisis de la posición de los Jueces Laborales Del Circuito De Neiva

Juzgado Primero Laboral Del Circuito

Dentro de los procesos a los que se pudo tener acceso en la presente investigación, se estableció que para el año 2010 la posición del despacho era de librar mandamiento de pago y no declarar probadas las excepciones particularmente las de inexistencia del título ejecutivo (1JLC, A-24 Ago/10, A. Cárdenas), confirmando que se libraba mandamiento de pago con un título completo a partir del cual, con una simple operación aritmética, se establece el valor de la obligación ejecutada. Al momento de resolver las excepciones propuestas por la demandada sobre la inexistencia del título, pues el mismo nace del incumplimiento de lo normado en el artículo 05 de la Ley 1071 de 2006, y de la existencia de un acto administrativo ejecutoriado que contiene la obligación del pago de cesantías parciales y definitivas para el demandante.

Para el año 2011 el criterio del despacho era negar el mandamiento, situación que cambia en el 2012, pues por el principio de obediencia y subordinación a las decisiones del Tribunal Superior, se libran mandamientos. A partir del año 2013 posterior a la sentencia del Tribunal

que cambia precedente, se establecieron dos posibles hipótesis, en primer lugar, que la demanda se haya impetrado directamente en el juzgado laboral a través de una acción ejecutiva laboral en donde se solicita el pago de la sanción moratoria producto de un título ejecutivo complejo, en cuyo caso existe una única línea de decisión por parte del despacho, en donde se ha resuelto negar la orden de pago que por vía ejecutiva laboral se ha impetrado en contra de la Nación, con el argumento recurrente que se cita a continuación:

“Para que pueda admitirse una demanda ejecutiva, es necesario se aporte como título base de recaudo un documento que contenga una obligación clara, expresa y exigible en contra del deudor” (D. 1400/1970, art. 488 y D.L.2158/1948, art. 100).

Y así mismo,

Visto, tal situación no acontece en el sub-lite, pues las documentales que se aportan como base de recaudo, no consisten en documento proveniente del deudor, en los que se haya reconocido la obligación base de recaudo (sanción moratoria), como recientemente lo ha dejado clarificado nuestro H.T. Superior de la ciudad, Sala Civil-Familia-Laboral, en su proveído del 17 de abril de 2013, proceso con

radicado No. 2010-806, corresponde el rechazo de la orden pago reclamada (1JLC, A- 4Oct/16, A. Cárdenas.)

O, la segunda hipótesis que se plantea es que el proceso llegue al despacho producto de una declaratoria de incompetencia de un juzgado administrativo de la ciudad, en donde el despacho encuentra que el proceso sí se tramitaría como ejecutivo laboral por lo tanto resuelve avocar conocimiento, pero niega el mandamiento de pago por considerar que el título base del recaudo al ser complejo, se encuentra incompleto pues carece de la manifestación expresa por parte de la administración de la aceptación del reconocimiento de la sanción moratoria, razón por la cual no cumple con los presupuestos de ser claro, expreso y exigible.

Juzgado Segundo Laboral Del Circuito

“Para el año 2011, pese a que sus autos fueron revocados por el Tribunal, el juzgado siempre mantuvo su teoría en cuanto a la competencia para conocer de los procesos ejecutivos pero declarando la inexistencia del título ejecutivo por cuanto los demandantes no aportaban el acto administrativo por medio del cual la administración reconociera deuda alguna por concepto de sanción moratoria y sin este reconocimiento expreso, no se podría constituir título completo según sentencia 2777 del 27 de marzo del año 2007 del Consejo de Estado. Por ello afirma que el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo,

siendo éste el título base de ejecución para la pretendida sanción moratoria. También se indica que la contabilización de la sanción es una facultad de la administración y no de la parte demandante ni del juez, razón por la cual la voluntad debe ser emanada del deudor. Esta misma postura se sostuvo año tras año, hasta el 2013 cuando hubo cambio jurisprudencial del Tribunal Superior de Neiva, y los argumentos del despacho fueron confirmados.”

En los argumentos reiterativos del juzgado en los múltiples casos de demandas ejecutivas recibidas directamente o por remisión de los juzgados administrativos de Neiva, en donde se declaran incompetentes, y que el juzgado laboral acepta competencia ordenando adecuar la demanda como proceso ejecutivo, se recalca que este juzgado solamente libró mandamiento de pago, basándose en el principio de obediencia al precedente vertical emanado por el tribunal, y en el de favorabilidad, toda vez que la sala civil familia laboral con mayoría absoluta en sus últimos pronunciamientos (procesos rad. 2011-1016/ 2012-161/ 2012-077/ 2011-0930, entre otros), indicaba la existencia del título ejecutivo. Sin embargo, aclara el despacho:

Y se resalta la favorabilidad, porque este juzgado, y en especial este titular, contrario a la interpretación del Honorable Tribunal, consideraba que la documentación allegada no reunía los requisitos para librar dicha orden, pero al sujetarse por obediencia al precedente vertical del órgano de cierre en el asunto, y que su interpretación

mayoritaria era más favorable al trabajador. Empero en providencia también de mayoría absoluta de la misma sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva... el pasado 17 de abril de 2013 fijó su precedente con fundamento en la interpretación que los documentos que se venían exigiendo para librar mandamiento de pago, no reúnen, en realidad los requisitos para ello, y señalo otros que sí constituyen presupuestos necesarios, cuya carencia entonces, hace obligatorio acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Como la interpretación de la sala, así descrita, confluye con la que venía sosteniendo este juzgado... debe abstenerse de librar el mismo aquí solicitado por no encontrar en los documentos allegados que constituyan el título ejecutivo completo... pues no conforman una obligación clara, expresa y actualmente exigible. (2JCL, 11 Ene.201. Y. Andrade)

Juzgado Tercero Laboral Del Circuito

De los juzgados que más han variado su criterio ha sido este, pues se encuentran autos donde se niega el mandamiento, se libra mandamiento o se declara incompetente para conocer y en razón a esto se propone el conflicto negativo de competencia.

Durante el año 2012⁴, la posición reiterada del despacho era de negar el mandamiento de pago por los mismos argumentos que los juzgados primero y segundo habían negado, ello es, por no encontrar demostrado dentro del plenario, la existencia de título ejecutivo por carecer de la voluntad de la administración de reconocer la sanción moratoria, pero también se adicionaba el argumento según el cual la sanción moratoria a favor de servidores públicos y al igual que las sanciones moratorias que se encuentran regladas para trabajadores particulares⁵ no es automática, y no genera una obligación que pueda ser exigida ejecutivamente en los términos del artículo 100 del C.P.T. y S.S., por cuanto requiere de un pronunciamiento expreso de la entidad obligada al pago, pero además de ello, se debe desvirtuar la buena fe de la entidad pues esta presunción permea inclusive a las actuaciones del Estado que según el criterio del despacho se podría demostrar con la solicitud de la sanción moratoria, y según la respuesta a esa solicitud, concediendo o negando lo pedido, dará lugar, en el primer caso, a constituir título ejecutivo y, en el segundo caso, al trámite del proceso declarativo para obtener la decisión de condena por medio de la jurisdicción pertinente que configure ahí si el título con fuerza ejecutiva. (3JLC, M.Tovar, A-18 Ene/12).

⁴ Año desde el cual se pudo tener acceso a la información y año de posesión de la actual titular del despacho.

⁵ Artículo 99 de la ley 50 de 1990 o artículo 65 del CST

Sin embargo, tal posición varió atendiendo la jurisprudencia vertical y teniendo en cuenta que todos los autos que negaban el mandamiento eran revocados en segunda instancia, con base al principio de obediencia y subordinación al Tribunal Superior, se empezaron a librar mandamientos en alguna oportunidad declarando la excepción de inexistencia del título, amparados en que faltaba alguno de los documentos requeridos hasta ese entonces para constituir el título ejecutivo, es decir, la resolución del reconocimiento de las cesantías, la constancia de la consignación tardía de las cesantías y el certificado del salario del año en donde se alegaba, o en caso de existir estos tres documentos, se ordenaba seguir adelante la ejecución declarando no probadas las excepciones. Los autos emitidos por este despacho se sustentaban en apartes jurisprudenciales del Tribunal y se decía:

De modo que en acato a la mencionada postura del inmediato superior, ha de asumir el despacho que en el caso que nos ocupa, en el evento de que los documentales aportados como base de recaudo, reúnan las exigencias acabadas de referir acerca de su autenticidad, puede surgir a cargo de la entidad demandada conforme a lo previsto en los artículos 100 y siguientes del C. P. del Trabajo y de la S. S., y 488 del C. de P. C., la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, lo que daría lugar a decidir de manera desfavorable las exceptivas propuestas (3JLC, A-26 Nov/2012, M. Tovar)

Sin embargo, teniendo en cuenta la sentencia del abril de 2013 del Tribunal Superior Sala Civil Familia Laboral, en donde se cambia el precedente jurisprudencial, el despacho retoma su criterio primigenio y nuevamente niega mandamiento de pago o declara probada la inexistencia del título ejecutivo. Vale decir, que muchos procesos que llegaron a segunda instancia por haberse declarado no probadas las excepciones o haberse librado mandamiento de pago por este despacho, y pese a ser una decisión que la juez del despacho tomaba en virtud de los principios que ya se mencionaron de obediencia y subordinación, fueron revocados en segunda instancia, luego del cambio de precedente, por ejemplo, el Auto del 28 de agosto de 2013, del Tribunal Superior de Neiva Sala Civil Familia Laboral, M.P María Amanda Noguera de Viteri, radicado 41001-31-05-003-2012-00448-01, se resuelve REVOCAR el auto proferido por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE NEIVA, en su lugar se dispone: i) DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DEL TÍTULO (...) lo mismo sucedió en los siguientes asuntos, procesos con radicados 41001-31-05-003-2012-00291-01, 41001-31-05-003-2012-00267-01, 41001-31-05-003-2012-00087-01, 41001- 31-05-003-2012-00203-01.

Dicho sentimiento fue plasmado en innumerables autos dictados en virtud de este proceso, en donde la juez claramente dejaba entrever que el nuevo precedente adoptado convalidaba su criterio inicial el cual tuvo que cambiar para obedecer:

Ab initio advierte el Juzgado que, en torno a tales planeamientos, el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sus Salas Civil Familia Laboral y en la anterior Sala Laboral, ha efectuado pronunciamientos [donde]...revocaban las decisiones que este Juzgado emitió desde varios análisis del asunto en controversia, cuando se consideró que el cobro ejecutivo de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, no es automática... No obstante, en reciente providencia, la Sala Plena Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, presentó el cambio de precedente... concluyendo que en efecto la ejecución de la sanción moratoria no es automática y que de hacerlo se vulneraría el privilegio que tiene la administración de la decisión previa. (3JLC, A-11 Nov/14, M. Tovar.)

Y concluye diciendo:

Atendiendo al precedente suficientemente explícito, el que el Juzgado acoge ante el principio de obediencia y por tratarse de la posición que de manera constante esta funcionaria había mantenido antes de que la Sala Civil Familia Laboral hiciera sus primeros pronunciamientos, como siempre muy respetables, se logran resolver los problemas jurídicos planteados en el sentido de que es imprescindible que la

administración se pronuncie respecto de la sanción moratoria, la que por tanto, no se puede ejecutar de manera automática, sino que deben respetarse los privilegios exorbitantes de que esta goza y permitirle pronunciarse en los términos de ley; así mismo, conforme a la cita precedente, solo con la concurrencia de los documentos señalados es posible constituir el título ejecutivo complejo base de recaudo para tal efecto. (Subrayado fuera del texto) (3JLC, A- 11 Nov/14, M. Tovar.)

La situación comenzó a variar en el año 2015, cuando el juzgado recibía procesos de los juzgados administrativos los cuales se declaraban incompetentes para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el objetivo de perseguir la sanción moratoria, por considerarse que la acción procedente era la ejecutiva laboral ante el juez laboral del circuito y este despacho, también se declaraba incompetente por considerar que cuando lo que se perseguía era forzar a la administración a aceptar la sanción o quería ejercerse el control de legalidad de algún acto administrativo que negara la sanción moratoria, la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento, por lo que el despacho proponía el conflicto negativo de competencia (3JLC, M. Tovar, A- 9Abr/15) y al ser propuesto por juzgados de diferente especialidad, el competente para resolver esta situación era el Consejo Superior de la Judicatura, quien a su vez declaraba que la competencia estaba en cabeza de los juzgados laborales del circuito

pues se sostenía que lo que se pretendía era la ejecución de una obligación que ya se encontraba plenamente establecida pues continuaba con la posición en la cual, el título complejo no requería del pronunciamiento expreso de la administración pues con la sola ley bastaba, posición que se estudiará más adelante.

1.4.3 Análisis de la Posición del Tribunal Administrativo del Huila

La posición de la especialidad administrativa no tuvo mayor revuelo, pues se consideraba que era competente para conocer de las demandas que se iniciaran en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías ya reconocidas, luego de superada la posición por medio del cual se discutía sí la acción debía ser la de reparación directa o la de nulidad y restablecimiento. De esta manera, el tribunal tramitaba conforme a lo estipulado en los artículos 179 y s.s. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (TAH, R Aponte, A- 29 Sept/14.) bien cuando conocía en primera instancia por factor cuantía o bien cuando resolvía recursos como órgano de segunda instancia.

No obstante, tal postura cambió a causa del pronunciamiento del 11 de diciembre de 2014 del Consejo Superior de la Judicatura de la Sala

jurisdiccional Disciplinaria, (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. P Sanabria. A-11 Dic/14) por medio de la cual se estableció que,

en todos los casos en que se pretendiera el cobro de la sanción moratoria de la que se ha hablado a lo largo de este escrito, debería tramitarse por medio de la acción ejecutiva cuya competencia está en cabeza únicamente de la especialidad laboral. Razón por la cual el tribunal empieza a declararse incompetente enviando a los juzgados laborales o en su defecto declarando el conflicto negativo de competencia, remitiendo al Consejo Superior.

No obstante que en esta Corporación se han admitido y se vienen adelantado asuntos similares (acogiendo los pronunciamientos del H. Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria); es del caso resaltar, que el 11 de diciembre de 2014 esa Colegiatura modificó su postura, y al dirimir un conflicto de jurisdicción precisó que se trata de un proceso de naturaleza ejecutiva que debe ser tramitado en la jurisdicción ordinaria laboral.” (TAH. A-5 may.2015. R APONTE.)

Tomando como marco de referencia el anterior y calificado pronunciamiento jurisprudencial... es evidente que la competencia del

asunto litigioso corresponde a los Jueces Laborales del Circuito de Neiva, en armonía con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo. (TAH. A-5 may.2015. R Aponte.)

1.4.4 Análisis de la Posición de los Jueces Contenciosos Administrativos De Neiva

Hasta el 2014, no existía inconveniente en la admisión de los procesos en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, a la luz de los pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura y del Tribunal Administrativo del Huila, a partir de finales de 2014, los juzgados administrativos, unificando criterios, pues son nueve juzgados y todos tomaron la misma línea de decisión, se empezaron a declarar incompetentes para conocer de los procesos que se seguían en virtud de la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006. Lo anterior, bajo el argumento de que el Consejo Superior en diciembre de 2014 se apartó de su precedente jurisprudencial y preciso que, en todos los casos, aun cuando el interesado haya reclamado directamente a la administración y ésta haya expedido un acto administrativo negando el derecho, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías debe tramitarse como un proceso de naturaleza ejecutiva a cargo de la jurisdicción ordinaria laboral.

Lo que realmente se pretende, desde un 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 (...) 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. (CSJudicatura. N. Osuna. Dic 3/2014).

Con fundamento en ello, los despacho indican que el mecanismo judicial idóneo para reclamar el pago de la sanción moratoria es la acción ejecutiva por tratarse de un derecho que opera por “vocación legal” (J8A, M. Rojas, A-045, 22 Ene/16) pues es la ley la fuente de la obligación por lo que no es de resorte del demandante escoger la acción para encontrar respuesta a sus pretensiones sino por el contrario, debe hacerlo a través del proceso ejecutivo laboral, el cual no está dentro de las competencias de lo contencioso administrativo (Ley 1437/11, art.297).

Se indica por unanimidad, que anexando la resolución que otorga las cesantías, constancia del pago de las cesantías donde se evidencie la fecha inoportuna del desembolso y el certificado de salarios del demandante, es suficiente para acreditar el título ejecutivo

y con ello se puede acudir a la jurisdicción laboral. (J3A, Collazos L., A- 12 Mar/15).

1.5 Línea Jurisprudencial Del Consejo De Estado

El Consejo de Estado es el órgano de cierre en la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, es decir que es el máximo tribunal en todas las controversias judiciales que se tramiten en contra de la Nación. Razón por la cual, tuvo conocimiento y desarrolló algunos pronunciamientos en lo concerniente de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de los funcionarios públicos; pues le correspondía a la administración el pago de esas cesantías y la indemnización por su no pago o pago extemporáneo.

Fue así que el Honorable Consejo de Estado, tomó postura respecto al juez competente que debía conocer de los asuntos relacionados con la Ley 244 de 1995 y su respectiva modificación, la cual no ha sido variante o con posiciones jurisprudenciales cambiantes durante más de 10 años. Fue a través de providencia del 27 de marzo de 2007 en donde se dejó claridad del actuar y el precedente jurisprudencial que debían seguir los jueces administrativos. Línea que desconocieron al dar vía libre a los constantes conflictos de competencia negativos entre la jurisdicción ordinaria laboral y

contenciosa administrativa en torno a establecer quién era el juez competente para conocer del reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y de la ejecución cuando ya se encontrara reconocido el pago de la indemnización.

En la providencia de marzo de 2007 del Consejo de Estado, la corporación aprovechó para sentar un precedente estable y que ha perdurado con la posición unificadora con radicado 76001-23-31-000-2000-02513-01, de la Sección Segunda y con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en la cual se exponen los argumentos de la Jurisdicción competente para conocer el asunto dependiendo lo pretendido y en el estado que se encuentre el derecho. Es decir que son los mismos argumentos que adoptó el Consejo Superior de la Judicatura en los años 2013 y 2017, como se manifiesta en el presente documento. Claro está que es el Tribunal Colegiado quien adopta la medida del Consejo de Estado del año 2007, al ser evidente en el desarrollo de las providencias del Consejo Superior de la Judicatura, la mención textual de lo adoptado en la Sentencia de Unificación del 2007.

La postura del C.E determina que se debe analizar el estado en que se encuentra el derecho y lo que se ha solicitado por el accionante, para así mismo determinar el proceso idóneo; es decir que el demandante tiene dos posibilidades con diferentes mecanismos para acceder a la administración de

justicia: i) si el derecho se encuentra reconocido y no ha realizado el correspondiente pago de la indemnización, es por la vía ejecutiva laboral la pertinente para hacer efectiva la obligación. ii) Si se encuentra desconocido de manera expresa o ficta el pago de la sanción moratoria, es a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la única posibilidad de analizar y controvertir si es aplicable la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías a funcionarios públicos y posteriormente solicitar su ejecución.

Esta conclusión se da como resultado de un estudio profundo a la norma y el planteamiento de diferentes hipótesis de los posibles conflictos que se puedan suscitar al momento de optar por la vía judicial conforme lo reglamentado en la Ley 244 de 1995, que se pueden resumir en 1) el no reconocimiento del derecho o su inconformidad y 2) en poseer el reconocimiento para su ejecución con título ejecutivo complejo.

Y ha mantenido su postura al establecer que es necesario el provocar el pronunciamiento expreso de la administración,

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 (Consejo de Estado. J. Bustamante, 2007.).

Ha de reconocer la suscrita que en este pronunciamiento por parte del Consejo de Estado queda un espacio en blanco que ha conllevado las diferentes interpretaciones que se han puesto de presente en este escrito, pues en esta sentencia se insiste en que se provoque el pronunciamiento expreso de aceptación de la sanción moratoria por la administración pero consecuente con ello indica que con la sola resolución del reconocimiento de las cesantías y demostrando el no pago o el pago tardío es suficiente para constituir el título completo que se podría ejecutar en la jurisdicción laboral.

Existen pronunciamientos del Consejo de Estado en sede de tutela, inclusive en contra de juzgados del circuito de Neiva, en donde se ordena que sea el juez administrativo quien tramite la acción dejando sin efectos todo el proceso desde que se declaró incompetente, dicha acción del 02 de marzo de 2017, con radicado 41001-23-31-000-2016-00103-01, cuyo ponente es el Doctor, Roberto Augusto Serrato Valdés, confirmó todo lo expuesto en la Sentencia del 27 de marzo de 2007, haciendo énfasis que los juzgados administrativos no deben desconocer el precedente vertical existente para los

casos actuales de conflictos de competencias en desarrollado de la Ley 244 de 1995 y deben acatar inicialmente lo dictado por la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo.

Vale la pena señalar que realmente el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado nunca varió, en sí mismo, jamás le indicó a los juzgados y tribunales que le deben obediencia en virtud de la jerarquía otorgada por la Constitución como órgano de cierre de lo contencioso (C. Gallego, 2012), que la competencia para resolver las situaciones derivadas de la falta o tardío pronunciamiento de la administración en cuanto a la aceptación de la sanción moratoria por no pago de las cesantías fuese de la jurisdicción laboral, desafortunadamente los conflictos de competencias no llegaron a conocerse por este órgano por cuanto dichos autos no son apelables, y como ya se ha indicado, quien varió su jurisprudencia fue el Consejo Superior de la Judicatura, al punto que, cuando el Consejo conoce de las acciones constitucionales por violación a derechos fundamentales por estas variaciones, asignó sin lugar a dudas, la competencia a lo contencioso.

1.6 Línea Jurisprudencial Del Consejo Superior De La Judicatura

El Consejo Superior de la Judicatura con sus Salas Disciplinaria y Sala Administrativa, siendo el encargado de administrar integralmente la Rama

Judicial y de resolver los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones, bajo el tenor del artículo 256 de la Constitución Política de Colombia y el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996⁶, fue la corporación facultada para resolver los conflictos negativos de competencia surgidos entre la Jurisdicción Ordinaria Laboral y la Jurisdicción Contencioso administrativa, con motivo a lo ya expuesto, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de los Funcionarios Públicos.

Se procede a exponer las consideraciones del Consejo Superior de la Judicatura partiendo del año 2010.

En la primera intervención del CSJ parte de la claridad de lo pretendido en las acciones interpuestas por los ciudadanos, es decir que identifica las dos posibilidades que tiene el demandante en búsqueda del pago de la indemnización moratoria, las cuales son:

i) La controversia del derecho al pago de la sanción moratoria por la acción (Código Contencioso Administrativo) o el medio de control (Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, atacando el acto administrativo que niega la indemnización o el acto administrativo ficto que se dio lugar por el silencio

⁶ Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

administrativo. ii) o la simple ejecución por título ejecutivo complejo al ser una acreencia que se desprende de la relación laboral y que no se encuentra en los dos tipos de ejecuciones competentes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que para el año 2010 era conforme al numeral 7 del artículo 134B del Código Contencioso Administrativo, el cual determina la competencia de los jueces administrativos en primera instancia, diciendo que serán competente “de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales”(CCA), por lo tanto, solo se podía ejecutar ante un Juez Administrativo solo las obligaciones claras, expresas y exigibles que emanaran de una sentencia debidamente ejecutoriada por un honorable juez de la República y las dos posibles actuaciones que podría realizar el ciudadano que buscara el pago de la sanción moratoria por el no pago de cesantías, que anteriormente se mencionó, no encajan. Cabe aclarar que el artículo anteriormente citado se encuentra derogado, pero es necesario su conocimiento y se trae a colación, ya que para el 2010 aún se encontraba en vigencia.

Por otro lado, la sala continua su análisis en el procedimiento civil, debido que no encuentra ajustada la pretensión al procedimiento contencioso administrativo según lo expuesto hasta el momento, es por esa razón que el colegiado gira su vista a la jurisdicción ordinaria laboral y busca la forma de

ajustar el objeto de la acción en un tipo de proceso; es así como inmersa en el artículo 488 del también derogado Código de Procedimiento Civil, el cual tiene un espectro mucho más amplio para el actuar. Siendo así que la posibilidad no recae solamente en una providencia judicial, sino que, el determinante principal es que la obligación sea clara, expresa y exigible que estén contenida en algún tipo de documento o hasta de un proceso contencioso administrativo.

Al que según la sala se le une al artículo 16 del mismo código en su numeral 1 y 11, por el cual se faculta al juez civil para conocer las acciones, dejando así el Consejo Superior la decisión a tomar para dirimir el conflicto de competencia negativo objeto de debate ya que era claro la legislación, la cual es la determinante y limitante en el atribuir competencia a un juez de la República, al no poder imputarse la competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa ya que el Decreto 1 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) después de un estudio profundo a su articulado, en especial en el artículo 134B y por el contrario, tener vía libre en la Jurisdicción Ordinaria que según la legislación citada da paso para ser esta última la competente por estar facultado en asuntos contra la Nación, un departamento, distrito, municipio, establecimiento público, distrito especial, empresa comercial e industrial del Estado y demás pertenecientes a la Administración. Con base a estos argumentos de la Corporación Colegiada en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, resolvió declarar competente a la

Jurisdicción Ordinaria Laboral. Argumentos que fueron la base por varios años para resolver el mismo conflicto en diferentes momentos y casos similares; a pesar claro está, que no fue constante la manera de decidir sobre esta situación, puesto que en algunos momentos la Sala Disciplinaria del respetable Consejo Superior de la Judicatura al estudiar el asunto, variaba la competencia asignada entre la Jurisdicción Contenciosa Administrativa u Ordinaria Laboral.

En el año 2011, por providencia N° 11001010200020110047800 de Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria de 13 de marzo de 2011, se continua con la postura anteriormente narrada con exactamente los mismos argumentos, ahora enriquecidos con un análisis sobre el procedimiento de ejecución según el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, otorgando la facultad al ciudadano de ejecutar ante el Juez Laboral, cualquier obligación emanada de una relación de trabajo y de la seguridad social que no se le haya otorgado a otro juez, y como se ya se ha expuesto, esa competencia no se encuentra otorgada al Juez Administrativo y al estar delegada especialmente dentro del Procedimiento Laboral, se confirma que es la Jurisdicción Ordinaria Laboral la competente hasta ese momento al ser evidente que el pago de la indemnización moratoria proviene del no pago de las cesantías; la cual es una prestación ampliamente conocida originada por una relación de trabajo.

Con la misma postura se mantuvo el Consejo Superior de la Judicatura hasta el mes de agosto del año 2013, cuando en providencia N.º 11001010200020130126600 - Sala Disciplinaria de 14 de agosto de 2013, se da un giro y se resuelve otorgar la competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa por lo pretendido por el accionante. Hasta el momento los casos que llegaban al Tribunal Colegiado solo pretendían la ejecución y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a funcionarios públicos, como se ha venido narrando, pero para efectuar lo deseado por el titular de derecho solo se enmarcaba en el proceso laboral. Todo cambio cuando en esta providencia debido que, el ciudadano pretende atacar el acto administrativo ficto por silencio administrativo negativo cuando reclamo la indemnización y posteriormente el pago de la misma.

Por lo anterior, la sala se detiene profundamente en el caso particular observándolo ahora bajo el tenor del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, misma Ley 1437 de 2011, la norma vigente para el actuar ante la Jurisdicción administraba al derogar el anterior Código Contencioso Administrativo. Bajo el tenor del artículo 104 del CPACA⁷ que le faculta a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer “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

⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

ejerzan función administrativa” (CPACA, Art 104); por lo que es esta la competente al momento de discutir un derecho u acto como lo es el configurado por el silencio administrativo. Además, el CSJ expresa la imposibilidad que tiene la jurisdicción ordinaria para discutir el reconocimiento de la sanción moratoria, puesto que esta última solo tiene la competencia para obligar al pago tan solo si ya está claramente reconocida. Por lo tanto, en los casos que se pretenda controvertir el acto administrativo por el cual se niegue o conceda la indemnización, es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la facultada para tratar tal asunto.

Ahora bien, el mismo día pero en pronunciamiento distinto en providencia N.º 11001010200020130185400 de Consejo Superior de la Judicatura por medio de la sala disciplinaria el 14 de agosto de 2013, se confirmó lo anteriormente expuesto pero se agregó un apartado importante para afianzar la postura del Colegiado con el artículo 155 del CPACA, asignándole competencia al juez administrativo en los medios de control “de los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad” (CPACA, Art. 155). Además, agrega la Corporación que la Administración debe aceptar la existencia de la obligación para que se pueda configurar el título ejecutivo y no basta la sola facultad de pago que otorga la Ley 244 de 1995; es por esto por lo que debe atacarse el acto administrativo que niega la indemnización ya sea expresa o

presuntamente, para posteriormente poder ejecutarla. Por lo tanto, se deja puesto claramente las dos posibilidades que tiene el administrado, como inicialmente se planteó en este acápite, para obtener a ultimas la indemnización moratoria.

Fue así que la competencia se condicionaba a lo pretendido por el accionante y si se encontraba reconocida la indemnización para su posterior ejecución hasta el 3 de diciembre de 2014 que mediante providencia N.º 11001010200020140215800 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, en donde se confirma que las ejecuciones para el pago de la sanción moratoria solamente le competen a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, al escapar de lo legislado en el numeral 6, del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en donde el juez administrativo conocerá de los procesos ejecutivos “derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.” (CPACA, art 4, numeral 6) y así no deja duda alguna que la ejecución de la indemnización se efectuará ante el juez laboral.

El cambio de postura del Consejo Superior, radica en la fuente y la constitución del título ejecutivo para hacerlo efectivo ante la jurisdicción laboral; a partir de este momento ya no sería el reconocimiento por la

administración sino la Ley la que otorga el derecho y es la fuente del título ejecutivo, debido a que la Ley 244 de 1995 taxativamente reconoce la indemnización después del día 45 a la ejecutoria del acto administrativo que liquida las cesantías definitivas al servidor público, según lo desarrollado en la providencia del CSJ anteriormente citada, dejando atrás la postura de la necesidad del reconocimiento de la Administración de la indemnización, ya que la nueva posición sentó que basta con el reconocimiento de las cesantías y el no pago oportuno de estas para que se configure la sanción moratoria con base a la ley. Por lo tanto, se da un título ejecutivo complejo al ser necesario i) La copia autentica de la resolución debidamente notificada y ejecutoriada que⁵³ reconoce las cesantías; ii) Acreditar el pago extemporáneo o el no pago de las cesantías iii) Comprobar la fecha en la que se realiza la solicitud del pago de las cesantías a la administración y iv) El último salario devengado para las cesantías definitivas o el salario que devengaba al momento de hacerse efectiva la sanción moratoria, si son cesantías parciales.

Por lo tanto, ya no se discutiría hasta ese momento el reconocimiento de la indemnización, sino que sería automática al ya tener el reconocimiento de las cesantías y su no pago, dejando la vía libre para su ejecución ante el juez laboral con la certeza de la obligación, que solo se dará al configurarse el título ejecutivo complejo. Por último, la Sala hace la aclaración que, a pesar de la posibilidad de instaurarse procesos ejecutivos ante la Jurisdicción

Contenciosa Administrativa, son bajo causales taxativas en el artículo 104 del CPACA, en la cual NO encaja el proceso ejecutivo por la obligación de la sanción moratoria, la cual está en cabeza del juez laboral quien posee plena competencia del presente asunto por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. Postura que se mantuvo hasta febrero de 2017.

Finalmente, el 16 de febrero de 2017 en providencia N.º 110010102000201601798 00 de Consejo Superior de la Judicatura de la Sala Disciplinaria, unifica su jurisprudencia y retoma en parte a la postura que manejaba en el año 2013 que se narró anteriormente, determinando que ante la negativa de la administración a reconocer la indemnización moratoria por medio de acto administrativo, la jurisdicción ordinaria no puede entrar a controvertir o reconocer tal derecho; puesto que no basta que la ley establezca el pago de la sanción moratoria, debido que es el reconocimiento de la administración quien otorga el título y fundamenta el pago de la indemnización. Por lo tanto, sino existe otorgamiento por parte de la administración, le corresponde al juez administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, analizar y determinar si le corresponde al accionante por vía judicial asentir al pago de la sanción moratoria. Y aunque no se dijo en la providencia, se creería que también se está dejando su ejecución ante el juez administrativo, puesto que existiendo providencia judicial reconociendo la indemnización bajo el tenor del artículo

104 del CPACA, es la jurisdicción contenciosa administrativa la competente para continuar su ejecución.

CAPITULO II

2. LA RESPUESTA DEL JUEZ DE TUTELA FRENTE AL CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Se debe precisar que los conflictos derivados del no pago de las cesantías parciales (Ortiz, 2012), que dan lugar al reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, ha presentado una serie de conflictos de competencia en donde se observa que existen procesos que nacieron con la pretensión de buscar la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo que niega el pago de la sanción y como consecuencia de ello se busca el pago de la sanción moratoria, sin embargo, en virtud de una sentencia del año 2014 del Consejo Superior de la Judicatura, en donde se menciona que todos los procesos que contengan el pago de tal sanción debe tramitarse como ejecutivo, los juzgados administrativos y el mismo Tribunal administrativo del Huila, resolvieron declararse incompetentes enviando los procesos a los juzgados laborales que tienen la teoría de la no existencia del título ejecutivo razón por la cual no les queda otro camino que negar el

mandamiento de pago o en la etapa de las excepciones, declarar la inexistencia del título.

Otros demandantes en cambio optaron por presentar directamente la demanda ejecutiva en la especialidad laboral teniendo la suerte ya mencionada. En febrero del año 2017, el Consejo Superior de la Judicatura, replantea su posición unificando los criterios expuestos y dando pautas para orientar a los juzgados en cuanto a su competencia de alguna manera revuelta por el pronunciamiento de tres años antes. En Neiva se ha presentado este fenómeno aunado al hecho de que el Tribunal Superior Sala Civil Familia Laboral hasta el año 2013 mantuvo la teoría de la existencia del título ejecutivo, dando confianza legítima a los usuarios de la justicia para presentar sus demandas a través del proceso ejecutivo, posición que cambió en ese año, creando precedente para los juzgados laborales del Circuito de Neiva quienes continúan negando los mandamientos de pago. Lo anterior podría graficarse en la siguiente tabla.

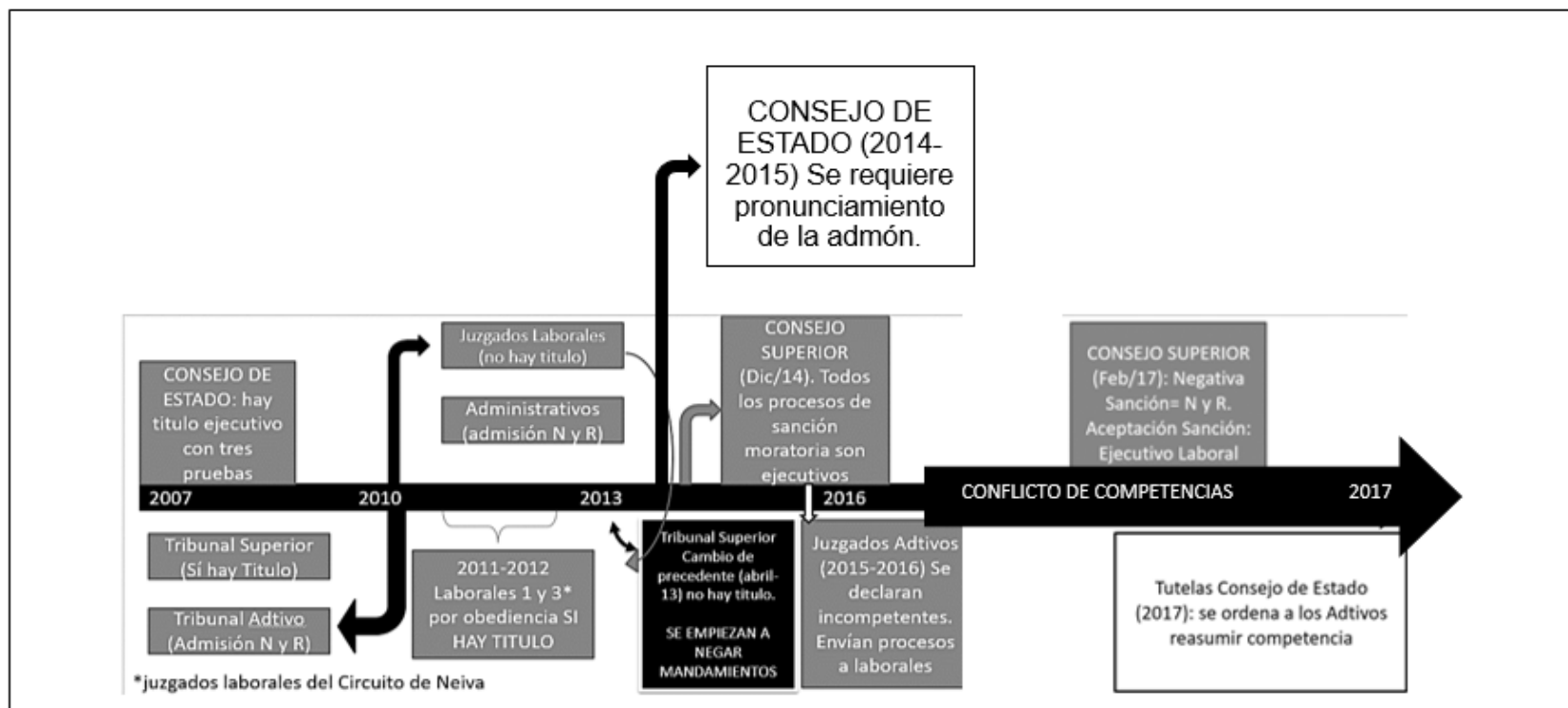


Tabla No. 1. Línea de Tiempo

Ilustración 1 Creación Propia

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en los casos en los que se decidió acudir directamente a la jurisdicción en su especialidad laboral, se negó el mandamiento de pago, pasando mucho más de cuatro meses, quitándole la posibilidad al interesado de acudir luego a lo contencioso administrativo por haber operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Garzón, 2014), y en otros casos, se ha resuelto por parte del juzgados administrativos, que no pueden conocer pues ya han declarado su incompetencia, tipificando una causal de nulidad establecida en el CGP. Esto trae como consecuencia que, al sentirse obstaculizados por la misma administración de justicia, las personas no teniendo otro camino, decidan acudir a la acción de tutela como mecanismo para proteger sus derechos fundamentales, y las cuales ya fueron conocidas por las altas cortes, y que han definido por un lado que existe violación a derechos fundamentales, y por otro, que simplemente se ha seguido con un procedimiento adecuado y motivado por lo que no habría tal.

2.1 Procedencia de la Acción de Tutela Frente a Decisiones Judiciales

La acción de tutela es un mecanismo constitucional reconocido en el artículo 86 de la Carta Política, que tiene como principal objetivo la protección de los derechos constitucionales fundamentales, inclusive

aquellos que no están consagrados dentro del mismo código, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública en inclusive particulares, cuyo fallo es celero y con efectos inmediatos. (REDDHFIC, 2017).

En principio, la acción de tutela tiene como principal característica que resulta ser un medio eficaz para proteger derechos fundamentales, pero es subsidiario respecto a las acciones ordinarias, lo que quiere decir que si existe otro medio de defensa judicial que proteja lo que se considera vulnerado, solamente se podrá acudir a la tutela, para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial no se considere eficaz para la atención del requerimiento (Carrera, 2011).

Resulta ser aún más excepcional la procedencia de la acción de tutela en contra de una decisión judicial y únicamente cuando la misma se vislumbra la violación o la amenaza de un derecho fundamental, siendo uno de los mecanismos más importantes de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, por cuanto garantiza la primacía de la Constitución y tiende a permitir la aplicación coherente de los derechos fundamentales. Con ello, en criterio de la Corte Constitucional, se promueven los principios de igualdad y seguridad jurídica. (Botero y Jaramillo, 2005)

La Corte Constitucional en sentencia C- 590 de 2005, fijó los requisitos de procedibilidad para la acción de tutela contra decisión judicial, y estos son: i) Cuando el asunto tenga relevancia constitucional, ii) Cuando el interesado haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela, iii) Cuando la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, iv) En caso de tratarse de una irregularidad procesal, cuando esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales, v) Cuando el accionante identifique, de forma razonable, los errores de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible, y vi) Cuando el fallo impugnado no sea de tutela, en caso de que se encuentren cumplidos los requisitos genéricos que se han nombrado, deberá acreditarse que se ha configurado un defecto orgánico, sustantivo, procedimental, fáctico o un error inducido. (Corte Constitucional, C- 590/2005) Aunque también puede tratarse de una actuación judicial sin motivación, que desconoce precedente constitucional o que viola directamente la constitución. (ambitojuridico.com, 2015).

Superando el análisis de estos requisitos, existen pronunciamientos constitucionales respecto a la solicitud de amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, con ocasión de los conflictos de competencias derivados de la

sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de los servidores públicos.

2.2 Nulidad por Violación al debido proceso y acceso a la administración de justicia según el Consejo de Estado.

Frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, el Consejo de Estado en los fallos de tutela, de manera uniforme ha establecido que, al desconocerse el presente vertical preestablecido y fijado por el mismo Consejo de Estado, lo idóneo es que se nulite todo lo actuado y se reasuma el conocimiento por parte de los Juzgados Administrativos y Tribunales Contenciosos administrativos, para que sean estos quienes a través de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, resuelvan la controversia.

Parece que existiera certeza por parte del Consejo, que la competencia siempre le ha correspondido a la jurisdicción en su especialidad contenciosa cuando se trata del reconocimiento de la sanción moratoria, sobre todo, cuando la administración no ha aceptado que exista, sino que debe obligársele a provocar ese acto administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 164 del

Código administrativo y de lo contencioso administrativo, ya que el acto administrativo a demandar puede causar perjuicios o daños a una persona en particular (Palacios, 2013. Pág. 146) dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del mismo.

Para el año 2007, las tesis imperantes en el Consejo se podrían resumir así:

Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así: 5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías. 5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. 5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. Las reconoce oportunamente, pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

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

(Consejo de Estado, 27 Mrz.2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus).

Se aclara que,

Frente a las situaciones en las que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón a que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral. (Consejo de Estado, 27 Mrz/.2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus).

Adicional a lo anterior en esa misma sentencia el Consejo de Estado señala que,

Cuando se esté frente a alguna de 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. (Consejo de Estado, 27 Mrz/2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus)

Para lo cual 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. (Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, art. 100).

Sin embargo, precisa que,

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. (Consejo de Estado, 27 Mar/2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus)

Por lo que 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”. (Consejo de Estado, 27 Mar/2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus)

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. (Consejo de Estado, 27 Mar/2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus)

Destaca 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, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. (Consejo de Estado, 27 Mar/2007, Rad. 76001233100020000251301, J. Lemus)

En esta misma línea, para el año 2015, la Sección Segunda – Subsección “B” de esta Corporación, determinó lo siguiente sobre el mismo tema de análisis:

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. (Consejo de Estado. 16 Jul/2015, Rad. 1500123330002013004800220151447, S. Ibarra)

Luego de hacer el análisis del caso en concreto frente al posible desconocimiento del precedente judicial por parte del Juzgado accionado, el Consejo de Estado concluye que conforme a los lineamientos jurisprudenciales antes señalados, no es aplicable el pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura, para adoptar la decisión cuestionada, toda vez que la parte actora no contaba con una decisión que prestara mérito ejecutivo pues aún no le había sido reconocido el derecho pretendido, lo que significa que aún no existe un título ejecutivo, el cual sólo podrá constituirse con la sentencia que reconozca el derecho pretendido por la accionante a

través de la decisión que reconozca el derecho a la indemnización por mora prevista en la ley, al no haberse reconocido la moratoria reclamada, no se ha configurado el título ejecutivo para acudir directamente a la jurisdicción ordinaria laboral.

Para el año 2016, se precisó:

En el presente caso la vía procesal adecuada para discutir el reconocimiento de la sanción moratoria, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que se está frente a la pretensión de anular una decisión que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el presunto pago tardío de las cesantías parciales solicitadas por la actora, pero aún no se tiene certeza específica, ni acto alguno que corrobore que efectivamente se tiene derecho a aquel reconocimiento, razón por la cual la vía idónea es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya competencia es de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues lo que se solicita es el reconocimiento de un derecho y de ser así el restablecimiento de tal derecho en el caso de encontrarse probada su vulneración. (Consejo de Estado, 14 abr/2016, Rad. 11001031500020160041500, M. Rojas)

En sentencia del 19 de mayo de 2016, claramente se advierte que los juzgados no pueden desconocer los precedentes jurisprudenciales particularmente en tratándose de conflictos de competencias por el

reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de los servidores públicos, particularmente de los docentes, al remitir el proceso promovido por la actora a la justicia ordinaria, con fundamento en pronunciamiento efectuado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que decidió conflicto de competencia negativo entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado, en asuntos similares, ha establecido que la competencia para conocer de dichos asuntos radica en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (Consejo de Estado, 19 May/2016, Rad. 68001233300020160005601, R. Serrato)

De manera que la sala en la providencia en comento concluye, que el precedente anteriormente citado es de obligatorio cumplimiento, por tratarse de una decisión del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que por ende constituye precedente vertical. (Consejo de Estado, 19 May/2016, Rad. 68001233300020160005601, R. Serrato)

Finalmente, la Sala estima que el alegado defecto por desconocimiento del precedente judicial se encuentra acreditado y, por ende, hay lugar a revocar el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de febrero de 2016, ampara los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad de la accionante,

deja sin efectos los autos interlocutorios, dictados por el despacho accionado y ordena al mismo solicitar a los Juzgados Laborales del Circuito, la devolución del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se tramite el proceso hasta su culminación. (Consejo de Estado, 19 May.2016, 68001233300020160005601, R. Serrato)

Posteriormente esta misma sección en sentencia del dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), la sala reitera que frente a las situaciones que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho 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 y confirma el fallo de primera instancia que concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia, de las accionantes y dejó sin efecto las providencias dictadas el 13 de noviembre de 2015 y el 20 del mismo mes y año, proferidas en los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicados con los números 11-001-33 35-016-2014-00176-01 y 11-001-33-35-702-2014-00122-01, respectivamente; mediante las cuales se declaró la falta de atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa para tramitar las solicitudes de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de cesantías de las actoras; y le ordenó a dicho Tribunal tramitar la segunda

instancia dentro de los procesos mencionados. (Consejo de Estado, 2 Jun/.2016, Rad. 11001031500020160053901, R. Serrato)

Para el 2017, el Consejo de Estado, nuevamente se reitera la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, del 27 de marzo de 2007, que unificó su postura explicando que solamente cuando existe completa certeza sobre el reconocimiento de la sanción moratoria es posible acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, a través de un proceso ejecutivo. (Consejo de Estado, SPCA, Exp. IJ 2000-2513, 27 Mrz/2007)

Adicional a lo anterior ratifica 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, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque de ser el caso procede la ejecución del título complejo. (Consejo de Estado, SPCA, Exp. IJ 2000-2513, 27 Mrz/2007)

En este orden de ideas la sala concluye que el tribunal accionado, esto es el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca desconoció el precedente del Consejo de Estado, al declarar la falta de jurisdicción, pese a que en el caso de la accionante no existe certeza sobre el reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que al no existir plena certeza sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, la accionante tiene derecho a acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para controvertir

el acto por medio del que se negó el reconocimiento de la sanción moratoria.
(Consejo de Estado, SPCA, Exp. IJ 2000-2513, 27 Mrz/2007)

Además de esto reitera que si bien

Las decisiones adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura (...) 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.⁸ (Consejo de Estado, Rad. 11001-03-15-000-2015-2381-00, 76001-23-33-000-2016-00259-01, 76001-23-33-000-2016-00260- 01 y 68001-023-33-000-2016-00210-01. 2016. M.P: J. Ramírez)

Finalmente decide DEJAR SIN EFECTOS la providencia de 22 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la que se declaró la falta de jurisdicción y le ordena al Tribunal que admita y dé trámite al medio de control de nulidad y

⁸ Consejo de Estado. Sentencias del 21 de enero, 11 de mayo, 1 de junio y 5 de julio de 2016. Radicados №.11001-03-15-000-2015-2381-00, 76001-23-33-000-2016-00259-01, 76001-23-33-000-2016-00260- 01 y 68001-023-33-000-2016-00210-01. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

restablecimiento del derecho presentado. (Consejo de Estado, Rad. 11001031500020170013000, 9 Mrz.2017. J. Ramírez)

En el 2018, el Consejo de Estado estudia los requisitos de procedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales señalando que lo serán siempre que no sea tutela contra tutela, se cumpla el requisito de inmediatez y se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, desde que sean idóneos y eficaces (Consejo de Estado, Rad. 25000234100020180055601, 26 Jul/2018, C. Moreno), sin embargo, de este fallo deberá rescatarse la aplicación del requisito de inmediatez pues casi que podría predicarse de una caducidad de la acción de tutela si no es ejercida en un “plazo razonable” que para el Consejo será de 6 meses, sin embargo, no estudia de fondo la situación planteada en el asunto, ello es, el hecho de que una persona demanda ante la jurisdicción contenciosa y el juez administrativo siguiendo la línea del Consejo Superior de la Judicatura se declara incompetente para enviárselo al juez laboral y finalmente éste le niega el mandamiento de pago por no poseer el título ejecutivo requerido.

2.3 La No Violación de los Derechos Fundamentales Según La Corte Suprema de Justicia

Antes de hacer el análisis de los pronunciamientos hechos por la Corte Suprema de Justicia, de manera general se explicará el proceso ejecutivo laboral, señalando en primer lugar que se tramita por este proceso la ejecución de toda relación laboral que conste en documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme, cuya finalidad es obtener la plena satisfacción de una prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado. (Botero, 2016, pág. 541)

Por lo que es necesario que exista un título ejecutivo en el cual esté contenida la obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse por esa vía. Frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, la Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos ha decidido que no hay violación de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, igualdad y el principio de «favorabilidad», por cuanto dentro del proceso ejecutivo laboral impetrado por los accionantes se les respetaron los mismos.

En acción de tutela en donde se buscaba obtener el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, igualdad y el principio de «favorabilidad», presuntamente vulnerados

por las autoridades judiciales accionadas. (Corte Suprema de Justicia, 43132, C. Dueñas, 4 May/2016)

En esta oportunidad la sala concluye que no le asiste la razón a la parte accionante y que no merecen ningún reproche las autoridades judiciales accionadas, esto es la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito De Bogotá, toda vez que su postura de no emitirse una orden de apremio para el reconocimiento de intereses en favor de la accionante, se basa en que estos no fueron reconocidos en forma clara y expresa en la resolución que funge como título ejecutivo, por lo que no podría afirmarse que las mismas fueron caprichosas e inconsultas. Adicional a ello considera que actuaron dentro del marco de la autonomía e independencia que les ha sido otorgada por la Constitución y la ley, en consonancia con los principios de libre apreciación y unidad de prueba de que trata el art. 187 del C.P.C. hoy Artículo 176 del C.G.P, al concluir que debían abstenerse de librar orden de pago por los perjuicios de mora pretendidos, por cuanto dicha obligación no estaba contenida en el título ejecutivo. (Corte Suprema de Justicia, 43132, C. Dueñas, 4 May/2016)

Esa posición se ha mantenido, es decir, la de negar el amparo, por cuanto para la Corte Suprema no se logra acreditar de qué manera se le haya vulnerado algún derecho fundamental que deba proteger el juez de tutela, ya que el proceso ejecutivo se adelantó conforme a los parámetros establecidos

en el Código Procesal del Trabajo, garantizándosele de esta manera un debido proceso y que por esto no se puede predicar la existencia de vías de hecho.

Adicional a lo anterior, la sala advierte que lo que se pretende con la acción de tutela es censurar las actuaciones desplegadas por los funcionarios competentes por fuera de los canales dispuestos por el legislador, y que tal circunstancia torna improcedente el amparo solicitado, esto bajo la óptica de que el Constituyente no le otorgó a la acción de tutela el carácter de tercera instancia o de mecanismo alternativo o paralelo a los procedimientos ordinarios de defensa judicial. (Corte Suprema de Justicia, 90099, 23 Feb/2017, F. Castro).

Nuevamente en otra decisión, se insiste en que no se logra acreditar por la parte actora de qué manera se le haya vulnerado algún derecho fundamental que deba proteger el juez de tutela, y nuevamente recalca que el proceso ejecutivo a que hizo referencia en el escrito de tutela la parte accionante se adelantó conforme a los parámetros establecidos en el Código Procesal del Trabajo, garantizándosele de esta manera un debido proceso, y de ahí que no pueda predicarse la existencia de vías de hecho. Sustenta su decisión además en que la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto, previo el estudio del acervo probatorio, la normatividad y la jurisprudencia

nacional que consideró aplicable al caso, expuso de manera clara y precisa los motivos por los cuales consideró que la documentación soporte del proceso ejecutivo que cursó contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contenía una obligación, clara, expresa y exigible sobre los intereses moratorios reclamados. (Corte Suprema de Justicia, 90692, 23 Mar.2017, F. Castro)

Lo mismo en siguientes sentencias emitidas por el mismo magistrado que mantiene la posición de que no se logra acreditar de qué manera se le haya vulnerado algún derecho fundamental que deba proteger el juez de tutela, y que el proceso ejecutivo a que hizo referencia en el escrito de tutela se adelantó conforme a los parámetros establecidos en el Código Procesal del Trabajo, garantizándosele de esta manera un debido proceso, y de ahí que no pueda predicarse la existencia de vías de hecho, así mismo señala que al momento de resolver el recurso de apelación la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, expuso de manera clara y precisa los motivos por los cuales consideró que los documentos con que la demandante pretendía constituir el título ejecutivo, esto es, la resolución a través de la cual se reconoció a favor del accionante las cesantías definitivas y el comprobante de pago de las mismas no ofrecían certeza sobre la existencia de la obligación reclamada, pues no contenía una obligación,

clara, expresa y exigible sobre los intereses moratorios reclamados. (Corte Suprema de Justicia, 90979 y 90919, 06Abr.2017, F. Castro).

Posteriormente se precisa que desde el punto de vista de la discusión fáctica como jurídica del caso en concreto, fueron debidamente analizados por el Tribunal accionado, por cuanto este precisó que la parte accionante tenía el deber de acudir ante la entidad ejecutada para provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción laboral.

De manera que bajo este supuesto la sala finaliza la parte motiva de la providencia señalando que, como el accionante cuenta con copia autenticada de la Resolución No. 001060 del 09 de marzo de 2012 y comprobante de pago, debe acudir ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio con el fin de que esa entidad emita el acto administrativo donde se haga el reconocimiento de la sanción moratoria, que le sirva de título ejecutivo para presentar la demanda ejecutiva laboral, por lo que no se encuentra violación alguna a los derechos. (Corte Suprema de Justicia, 91580, 16 May/2017, P. Salazar), esta posición se ha mantenido hasta la actualidad.

2.4 Escaso pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura

Previo a analizar la posición que asumió el Consejo, es importante indicar que es difícil acceder a la relatoría de la entidad, la principal razón es la caída frecuente del servidor, y además porque de la búsqueda realizada en la red, únicamente se encuentran pronunciamientos de este frente a los conflictos de competencia pero no como juez constitucional, en tal sentido, solamente se encontró, una sentencia de tutela, pero desafortunadamente lejos de analizarse los problemas jurídicos planteados por el accionante, se limitan a indicar que la tutela no cumple con el requisito de inmediatez.

Frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C., conoció de la acción de tutela interpuesta en contra de La Sala Disciplinaria Del Consejo Superior De La Judicatura, Tribunal Contencioso Administrativo Del Huila, Sala Tercera De Decisión Civil Familia Laboral Y Juzgado Tercero Laboral Del Circuito De Neiva, donde el accionante solicita que se dejen sin valor ni efecto el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, del 03 de marzo de 2015, a través de la cual se declaró la falta de competencia y jurisdicción, así como también la actuación surtida dentro del Juzgado Tercero Laboral del Circuito Judicial de Neiva. Así mismo solicita que se ordene el Tribunal Administrativo del Huila, se abstenga de continuar declarando la falta de jurisdicción y competencia en

los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho relacionados con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, y que acate el precedente vertical del Consejo de Estado. (Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá)

El magistrado ponente propone como problema jurídico a resolver, si en el caso del accionante las autoridades judiciales accionadas efectivamente vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, con ocasión a la omisión de remitir el expediente al juzgado competente para resolver la controversia de fondo o la negativa de librar mandamiento ejecutivo.

Sin embargo, al momento de resolver de fondo la acción de tutela, se enfoca principalmente en analizar si el principio de inmediatez se cumplía, y destaca que el actor acudió a interponer la acción constitucional hasta el 04 de agosto

de 2017, cuando ya habían pasado 2 años y 3 meses, de haberse desatado el conflicto negativo de competencia y más de 7 meses de la existencia del último acto que presuntamente pudo vulnerar sus derechos, refiriéndose al último auto proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, declarándola improcedente, sin hacer un análisis de fondo frente a los derechos presuntamente vulnerados.

**2.5 Unificación jurisprudencia de la Corte Constitucional:
violación a los derechos fundamentales a la igualdad en las
decisiones judiciales, favorabilidad laboral y violación directa
de la constitución.**

En la sentencia SU-336 de 2017, la sala plena de la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia de cara al reconocimiento de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías cuando se trate de docentes que trabajen en entidades estatales.

En esta oportunidad la corte constitucional, revisó 35 impugnaciones a fallos de tutela en primera y segunda interpuestas por docentes estatales, más específicamente del departamento del Tolima, a través de las cuales solicitaban el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, al considerar que las autoridades judiciales accionadas desconocieron la Jurisprudencia del Consejo de Estado que en casos similares ha accedido a las pretensiones de los demandantes, adicional a ello solicitaron que se ordenara a las autoridades judiciales accionadas dejar sin efecto los referidos fallos y, en su lugar, proferir uno nuevo mediante el cual se reconozca y pague la sanción por mora. (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

Frente al problema jurídico planteado por los docentes, el mismo giró en primer lugar, en determinar si la sanción moratoria es un derecho legítimo, cuya titularidad pueda predicarse en los docentes oficiales del Estado, centrándose en que la problemática radica en las posturas contrarias adoptadas por el Consejo de Estado, con respecto al pago de la sanción moratoria de las cesantías a favor de los docentes oficiales y cómo esta situación afecta su derecho a la igualdad de manera directa. En segundo lugar, en establecer cuál es la ruta judicial que se debe seguir para reclamar el pago de la sanción moratoria, delimitando la jurisdicción y competencia del eventual proceso judicial que se debe iniciar para su cobro. (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

Sin embargo, la Corte, establece que la problemática se centra en determinar en cada caso si los jueces que conocieron los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho se equivocaron al negar las pretensiones de la demanda, a través de las cuales los docentes estatales solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías. Por lo que en parecer de la misma la problemática en sede de tutela no surgió con ocasión de los conflictos de competencia, sino que por el contrario se centró en definir si los docentes oficiales son titulares del pago de la sanción moratoria. (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

De modo que planteó como problema jurídico a resolver

¿Las providencias de las autoridades judiciales accionadas desconocieron el derecho a la igualdad de trato en las decisiones judiciales de los docentes del Departamento del Tolima, al negarles el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías regulada por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por considerar que esta normatividad comprende únicamente a los servidores públicos del régimen general y, por tanto, no al especial al que pertenecen los accionantes? (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

Es por ello que la Corte analiza el núcleo esencial del derecho al auxilio de las cesantías, resaltando que el auxilio de cesantías es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el propósito de que al momento en el que el trabajador quede cesante pueda atender sus necesidades y que en caso de requerirlo pueda satisfacer otros requerimientos como vivienda y educación. Adicional a ello resalta que el auxilio de cesantías se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, como también en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos. (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

Aun cuando, de la lectura de los artículo 4 y 5 de la Ley 244 de 1995, la cual fue modificada por la Ley 1071 de 2006, no fuere posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, las mismas desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento oportuno de las cesantías de los servidores públicos, sin especificar en su articulado si dentro de estos últimos se entienden comprendidos los docentes del sector oficial. (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

Razón por la cual los docentes se vieron obligados a acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el fin de que fuera en esa instancia y producto del desarrollo jurisprudencial donde se resolviera lo concerniente al pago de la sanción moratoria de las cesantías reconocidas a favor de los docentes estatales. (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

Finalmente, la Corte Constitucional precisa que al desconocer la obligación que tiene el empleador de consignar el valor de esta prestación social dentro de los términos legalmente establecidos, afecta de manera directa incluso derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la familia. Y al derecho a la igualdad al desconocer las consecuencias del no pago de la misma dentro de los términos establecidos por la ley, pues desestabiliza las relaciones laborales y las prerrogativas fundamentales que

rigen este tipo de vínculo jurídico. (Corte Constitucional, SU 336 de 2017, I. Escrucería)

En otra sentencia de unificación de la Corte Constitucional, nuevamente se estudia el problema en el que se hallaban los docentes ya que dentro de su regulación especial no hay una normatividad que señale expresamente lo referente a la sanción moratoria, aun cuando en el régimen general de servidores públicos exista razón por la cual muchos jueces negaban sus pretensiones, y que nuevamente genera obligación de pronunciarse por parte del órgano de cierre constitucional y en donde resaltó que ante la duda es necesario aplicar el principio de favorabilidad para solucionar el caso de tal suerte que la existencia de regímenes especiales no implica la vulneración de los derechos de quienes pertenecen al régimen general como también que los regímenes especiales no pueden ser menos favorables para sus destinatarios que el primero, pues esto supondría un trato discriminatorio a la luz de la cláusula de igualdad. (Corte Constitucional, SU 098 de 2018, Ortiz G.)

La magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en pronunciamiento del 22 de mayo de 2018, explica lo que se entiende por el derecho de acceso a la administración de justicia, señalando que sienta una garantía fundamental que constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, erigiéndose como uno de los pilares que

sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos resuelvan sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos (Corte Constitucional, T198 de 2018, Ortiz G), para ello concluye:

El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia se vulnera cuando una persona que ha acudido de manera oportuna y diligente a la administración de justicia se ve enfrentada a la pérdida de su oportunidad para accionar y la de su derecho sustancial, debido a factores que no le son imputables, como pueden ser las discusiones sobre las normas de competencia. (Corte Constitucional, T198-2018, Ortiz G)

2.6 Caso del Señor Reinaldo Ramírez Ramírez- Ocho años de conflicto de competencias y dos más de proceso

Dentro de los múltiples casos encontrados en el departamento, particularmente en la ciudad de Neiva, pues solamente en ella se encuentran los Juzgados Administrativos, y sus Tribunales, se escogió el análisis de un caso que llamó la atención, pues desde el año 2014 se encuentra de jurisdicción en jurisdicción y solo hasta el 22 de diciembre de 2019 fue

admitida por parte del juez contencioso administrativo, pese a que la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho fue radicada el 28 de noviembre de 2014, cuya pretensión consistió en obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías. Correspondiéndole por reparto al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Neiva, sin embargo, el despacho a través de auto de fecha 12 de marzo de 2015, declaró la falta de jurisdicción para conocer del proceso y ordenó remitir el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de la ciudad de Neiva.

Luego de ello le correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de la ciudad de Neiva, el cual, mediante auto del 09 de abril de 2015, declaró la falta de jurisdicción, así como también propuso el conflicto de competencia y ordenó la remisión del expediente al Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 26 de junio de 2015, resolvió el conflicto propuesto, asignando el conocimiento del proceso a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, esto es al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, el cual mediante auto de fecha cinco (05) de octubre de 2015 y en cumplimiento a lo ordenado por la Sala Disciplinaria de Consejo Superior libró orden de pago en contra

de la entidad demandada Ministerio De Educación Nacional –Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

El quince (15) de marzo de 2017 el Juzgado Tercero laboral del Circuito de Neiva, declaró probada las excepciones propuestas por la entidad demandada de Falta de requisitos del Título ejecutivo, inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley e improcedencia del proceso ejecutivo para el reconocimiento de sanción moratoria, se abstiene de hacer pronunciamiento alguno sobre las de falta de competencia, prescripción, buena fe y declara la terminación del proceso.

En audiencia la apoderada del demandante, presenta recurso de apelación contra la anterior decisión, por lo que la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en audiencia Oral No. 182-17-L del 26 de Mayo de 2017, resuelve el recurso de apelación en los siguientes términos: TERCERO: en el expediente con radicación 2015-00203-01, confirmar parcialmente el auto de fecha 21 de abril de 2017 proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva-Huila CUARTO.- REVOCAR la decisión inherente a la terminación de estos procesos. QUINTO. - ORDENAR él envió de estos procesos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo-reparto-, comunicando lo decidido a los Juzgados de Origen de los mismos.

Una vez sometido a reparto, le corresponde al Juzgado Cuarto Administrativo el conocimiento del presente asunto, sin embargo, a través de auto de fecha 30 de junio de 2017, este remite el proceso al Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito judicial de Neiva, argumentando que cuando un proceso es remitido a otra autoridad judicial por competencia, no podrá ser tenido en cuenta para determinar un egreso efectivo, por tanto en esa medida, la competencia debe recaer en quien tuvo conocimiento previo de las diligencia, y en este caso, corresponde asumir el conocimiento de las pretensiones del demandante, al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Neiva al haber tenido conocimiento previo dentro del radicado 41001-33-33-003-2014 – 00551-00, conforme al párrafo 1° literal c) del artículo 89 del acuerdo PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016 “Por medio del cual se reglamenta el sistema de evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial”.

Ahora bien, luego de remitir el proceso al Juzgado Tercero Administrativo, este último profirió auto de 30 de agosto de 2017, mediante el cual resolvió rechazar la demanda con ánimo de precaver una nulidad procesal.

Las razones que esgrime el despacho se fundamentan inicialmente en que se advierte la posibilidad de que se configure la causal de nulidad consagrada en el artículo 133 numeral 1 del CGP Cuando el juez actúe en el

proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia, adicional a lo anterior señala

Este despacho mediante auto de fecha 12 de marzo de 2015, declaro la falta de Jurisdicción para conocer del presente asunto, posición que fue ratificada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia del 26 de junio de 2015 cuando dirimió el conflicto de competencia y asigno el conocimiento del presente proceso a la Jurisdicción Ordinaria Laboral en cabeza del Juzgado Tercero laboral del Circuito de esta Ciudad.

A partir de esta situación surge la pregunta: ¿Qué sucede cuando el Juez actúa después de declarar la falta de competencia?, al respecto el Doctor Fernando Canosa Torrado señala que frente a este punto, el inciso 1 del artículo 138 del Código General del Proceso previo es que cuando el Juez declare 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.

Sin embargo, aclara que esta regla no opera en todos los supuestos, toda vez que algunas causales solo afectan parcialmente las actuaciones, que no hacen nugatorio seguir con el trámite del proceso (CANOSA, 2017, Pág. 175 y 176).

Pues bien, el 5 de septiembre de 2017, se radicó recurso de apelación contra la decisión del juzgado de rechazar de plano la demanda, presentando entre otros los siguientes argumentos:

- Configuración de defecto sustantivo por desconocimiento del precedente fijado por el consejo de estado sobre la aplicación de la regla de competencia cuando se demanda la sanción por mora en el pago de cesantías.
- Defecto sustantivo por cuando la decisión judicial se apoya en una norma cuya aplicación al caso concreto es inconstitucional
- Violación al precedente jurisprudencial

El 24 de enero de 2019, el Tribunal Administrativo del Huila, revoca la decisión y ordena al juzgado administrativo admitir el medio de control, pero hace una manifestación que se trae textual a esta investigación

La definición de la competencia para conocer los asuntos relacionados con sanción moratoria cuando aún no existe reconocimiento del derecho por parte de la administración, no ha sido un asunto pacífico. Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura han emitido pronunciamientos contrarios en relación con dicho aspecto, que han provocado incertidumbre jurídica en los usuarios de la administración

de justicia, quienes debieron observar la manera en que sus demandas se trasladaban de una jurisdicción a otra sin que se produjeran pronunciamientos de fondo en relación con sus pretensiones. (Tribunal Administrativo del Huila. 41001333300320140055101. Galvis B.)

En este auto además se explica que la variación de la jurisprudencia ha generado una serie de complicaciones para garantizarle el acceso a la justicia a los usuarios, razón por la cual se ordena admitir, decisión que se acató hasta el 22 de febrero de 2019.

Conforme lo analizado según la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción, ha encontrado que con la variación de jurisprudencia se pueden violar derechos fundamentales y trascendentales para un estado social y democrático de derecho, tales como el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales, la favorabilidad en material laboral y se ha incurrido en una violación directa de la constitución.

Finalmente y luego de todo el trámite procesal, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Neiva, mediante sentencia del 16 de enero de 2020 ordenó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías contemplada en la Ley 1701 de 2016, equivalente a un día de salario por cada día de retardo durante el periodo comprendido entre el 22 de

agosto de 2012 hasta el 11 de septiembre de 2013, la cual quedó debidamente ejecutoriada el 13 de febrero de 2020, y en la que actualmente se encuentra en trámite de pago que fue afectado directamente por las suspensiones de términos en las entidades en virtud de la emergencia sanitaria declarada por el COVID 19.

2.7 Las consecuencias de los cambios de Jurisprudencia

Inicialmente se planteó la imposibilidad de acceder a la justicia porque luego de que se declare la incompetencia por parte de los jueces administrativos, o que se niegue el mandamiento de pago por parte de los juzgados laborales, seguramente ha pasado más de los cuatro meses que el administrado tiene para acudir en acción de nulidad y restablecimiento para obligar a la entidad a que reconozca la sanción moratoria que se erige como garantía legal a favor de los servidores públicos que requieren el pago de sus cesantías definitivas o parciales, y habiendo operado el fenómeno jurídico de la caducidad, que se configura como una institución jurídica por el cual un acto o el ejercicio de un derecho potestativo se sujeta a un plazo prefijado y de perentoria observancia, que para el caso de no ser ejecutado determina la extinción del derecho (Machicado, 2013), al interesado no le quedará otro camino que acudir en reparación directa nuevamente a lo contencioso, para que analice si hubo responsabilidad del Estado en cabeza de la rama judicial

por negarle el acceso a la justicia, por las continuas variaciones en la jurisprudencia.

Sobre este punto, es importante indagar las consecuencias de los cambios de jurisprudencia y, sí una ley no puede ser aplicada de manera retroactiva, porque la jurisprudencia sí puede afectar el proceso que ya se encuentra en curso, como ocurrió con las acciones iniciadas con ocasión a la sanción moratoria por las cesantías de los servidores públicos, especialmente docentes. Sobre este punto se analizará en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL

La presente tesis logra evidenciar que, en el tema de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en servidores públicos, existe una controversia, que inicia con el conflicto de jurisdicción ante la discrepancia habida respecto de la interpretación y desarrollos jurisprudenciales otorgados por parte de los jueces laborales y contenciosos frente a la norma que regula el reconocimiento de la mentada sanción.

La norma respecto a la sanción moratoria, esto es la Ley 244 de 1995, simplemente se limita a fijar los términos para el pago de las cesantías en los servidores públicos y establecer sanciones.

Los servidores públicos, están definidos en el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia. Para el caso de los docentes, según el estatuto de profesionalización, son definidos como empleados oficiales, no obstante por vía jurisprudencial la Corte constitucional (Corte Constitucional, SU-336/17) indicó que son considerados empleados públicos, en razón a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente, su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente, para la inserción, permanencia,

ascenso y retiro del servicio, por tanto le es aplicable las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 (Consejo de Estado, Rad. r2012-00244-01, 28 Ago/2018)

Se identifica adicional a lo planteado como problema de investigación inicial, ello es, el conflicto de competencias entre jurisdicciones, una adicional para los docentes en cuanto estos no hacen parte del régimen general sino que tienen un régimen salarial y prestacional especial (Corte Constitucional, SU 336/2017) y porque en un principio, no son considerados servidores públicos, como ya se indicó, este asunto ya fue decantado, por el Consejo de Estado, aun así, no existía la suficiente claridad respecto de cuál era la acción que se debía ejercer y por consiguiente cual era el juez natural, para conocer dichas Controversias.

Frente a este tema han planteado sus posiciones diferentes órganos, como lo son, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, lo cual, en lugar de despejar las dudas, las han intensificado, dado que sus planteamientos se han visto encontrados entre sí. No solo eso, si bien existen diversas posiciones de los diferentes órganos, estos no han sido estáticos, han fluctuado y han variado las consideraciones, creando una mayor incertidumbre jurídica, dificultando el trabajo del juez en su función de administrar justicia, y afectando la seguridad jurídica que debe existir en un Estado social de derecho.

En el primer capítulo de esta tesis, se logra dilucidar las diferentes posiciones de los órganos máximos, así como de los tribunales y juzgados en el caso del Departamento del Huila. Conviene en este capítulo abordar en torno a si se dan las condiciones necesarias para hablar de un cambio jurisprudencial. Igualmente debemos considerar cuánta relevancia tiene en la actualidad el precedente jurisprudencial de los diferentes órganos del Estado, y cuál es su grado vinculante, finalmente y lo que constituye el objeto central sobre el cual se contrae la presente tesis, si esta variación en las actuaciones jurisprudenciales vulnera derechos, y si dicha vulneración puede acarrear la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano.

3.1 Conflicto de Jurisdicción

En primer lugar, conviene definir el tipo de conflicto, al respecto, Marco Gerardo Monroy Cabra dice que los conflictos pueden ser positivos, cuando dos autoridades de diferente jurisdicción pretenden conocer de un mismo asunto, y negativa, cuando ambos se abstienen de conocer por considerar que no son competentes.

De igual forma Monroy dice que los conflictos de competencia se presentan dentro de la misma jurisdicción y la colisión de jurisdicciones supone conflicto entre dos jurisdicciones diferentes. No puede olvidarse que

la jurisdicción es el género y la competencia una especie. La competencia es la facultad que tiene un juez o magistrado de una rama jurisdiccional para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio.

La Constitución de 1991 se ocupó de regular, en el Capítulo 7 del Título VIII (artículos 254 a 257), lo concerniente al Consejo Superior de la Judicatura, atribuyéndole, entre otras, las funciones de (i) administrar la rama judicial, (ii) examinar y sancionar la conducta de sus funcionarios y de los abogados en el ejercicio de sus funciones, y (iii) dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. El cumplimiento de tales funciones quedó a cargo de la Sala Administrativa y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de acuerdo con lo dispuesto en la ley. (Corte Constitucional, A. 278, 2015)

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270, 1996), en su artículo 112, le asignó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de manera especial, competencia para ejercer la función jurisdiccional disciplinaria y dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. Dicho artículo consagra lo siguiente:

Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los

que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional.

Por tanto, es éste el órgano llamado a resolver el conflicto de jurisdicción que se presenta en el caso entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción ordinaria. El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria conoció del conflicto originado entre el Tribunal Administrativo del Cauca y el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, para dicho caso concreto se falló en el sentido de:

Dirimir el conflicto negativo planteado, declarando que el conocimiento de la “acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho”, incoada por el apoderado de la señora Evelyn Socorro Ruiz, contra el Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -, corresponde a la jurisdicción Ordinaria Laboral, en este caso en cabeza del juzgado Primero Laboral del circuito de Popayán.

El fundamento jurídico tenido en cuenta por la corporación para adoptar dicha posición se sustenta en la sentencia del Consejo de Estado Sala plena de fecha 27 de marzo con radicado 200002513-01 y manifiesta que el Nomen Iuris de la demanda no es la que determina el proceso sino, la real pretensión y objeto del litigio.

En un caso similar ocurrido entre el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito, y el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, determinó el Consejo Superior de la Judicatura en sentencia del 16 de febrero de 2017, proferir sentencia de unificación en el sentido de sentar un criterio único respecto a la autoridad de la jurisdicción contenciosa administrativa de conocer y resolver los conflictos en el que se pretenda la declaratoria de mora en el pago de las cesantías, dicha decisión obedece a la observancia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 16 de Julio de 2015 con ponencia de la doctora Sandra Lisseth Ibarra.

Lo anteriormente dicho pone de presente que el conflicto actual objeto de la presente investigación tiene sustento en los pronunciamientos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto es éste el órgano encargado de dirimir los conflictos entre jurisdicciones, pero también según los casos referidos anteriormente, en dichos pronunciamientos ha tenido como fundamentos, las sentencias emitidas por el Consejo de Estado.

En tanto el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 271 establece “Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia” viene preguntar ¿Por qué el Consejo de Estado no sentó a tiempo una postura jurisprudencial definitiva, en un asunto tan controvertido y

de tanta importancia como es el tema de la sanción moratoria tratándose de docentes? Si bien es cierto, el asunto aquí estudiado es la responsabilidad patrimonial por error jurisdiccional, es también claro, que en el acontecer nacional existía gran incertidumbre respecto a dicho tema.

Si el Consejo de Estado hubiese en la sentencia de unificación proferida el 27 de mayo de 2007, indicado que la vía judicial para obtener el reconocimiento de la sanción moratoria era únicamente ante la jurisdicción contenciosa, otro hubiese sido el camino recorrido, pues debe tenerse en cuenta que aunque dicha sentencia es de suma importancia y constituye la génesis de la solución jurisdiccional con que hoy se cuenta, en dicho momento el CE tan solo se limitó a establecer que para acudir a la jurisdicción contenciosa era necesario provocar el pronunciamiento expreso de aceptación de la sanción moratoria por parte de la administración, pero consecuente con ello indicó que con la sola resolución del reconocimiento de las cesantías y demostrando el no pago o el pago tardío, era suficiente para constituir el título ejecutivo complejo que se podría ejecutar ante la jurisdicción laboral.

Lo anterior conllevó a un irreversible desgaste del aparato judicial, y frustración del derecho de los accionantes, durante varios años.

3.2 El cambio jurisprudencial

Es preciso traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado (C.E. 25 de Sept.2018), que ha expresado que la jurisprudencia como tal, es dinámica, y que no es posible desconocer la potestad que les asiste a las altas cortes de efectuar cambios en su jurisprudencia. Estima que estos cambios son efecto obligado de la dinámica propia de la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las cortes, y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones se deben adaptar.

Se entiende que la jurisprudencia es cambiante, por cuanto así mismo cambian las disposiciones normativas; las leyes son derogadas por leyes posteriores, que puede dar un trato diferente a un mismo tema o bien porque las sociedades cambian, y en tanto cambia el contexto social e histórico, es posible que cambien las decisiones de sus jueces, lo anterior impidiendo la petrificación jurisprudencial, pero ¿cuándo y en qué medida debe cambiar la jurisprudencia?

La variación en la postura jurisprudencial es posible, siempre y cuando se indique claramente los fundamentos jurídicos sobre los cuales se basa tal variación (Pasos R., 2018) cumpliendo así con cargas de transparencia y argumentación suficiente, que permita explicar las razones de peso para variar la línea jurisprudencial (Corte Constitucional C-400/1998 y C-836/2001)

Para que se considere que existe cambio de jurisprudencia, se deben adoptar posiciones distintas, en las providencias, sean estas, autos o sentencias, sobre un mismo tema, es decir, debe existir similitud fáctica, y jurídica, en tanto que se fundamente la controversia en las mismas normas, todo lo anterior enmarcado en un mismo contexto histórico, característica fundamental a la hora de hacer este tipo de análisis.

Para el caso en particular, los servidores públicos ante el incumplimiento por parte del Estado en el pago oportuno de sus cesantías, acuden a la jurisdicción para que se aplique la sanción contemplada en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, lo que permite afirmar que hay similitud fáctica, por cuanto los demandantes ostentan la misma calidad de servidores públicos, vinculados a entidades territoriales de orden departamental o municipal, que prestan un servicio público y que se encuentran vinculados al Estado, y las acciones se fundamentan en la vulneración y en lo preceptuado en las mismas normas, todo lo anterior en un mismo contexto social o histórico. De ahí que se pueda afirmar con lo visto en el primer capítulo, que en principio sí existe un cambio jurisprudencial.

Se reitera para el caso concreto, que además del desconocimiento jurisprudencial, el Consejo de Estado ha dejado un espacio en blanco en su jurisprudencia, que provocó las diferentes interpretaciones a las que se ha

aludido, pues se insiste en que se provoque el pronunciamiento expreso de aceptación de la sanción moratoria por la administración pero consecuente con ello indica que con la sola resolución del reconocimiento de las cesantías y demostrando el no pago o el pago tardío es suficiente para constituir el título complejo que se podría ejecutar en la jurisdicción laboral.

Respecto al Consejo Superior de la Judicatura, como ya se indicó con anterioridad, existe un cambio jurisprudencial, en primer medida, sus pronunciamientos nacen como una necesidad, ante la incertidumbre aludida, pues es dicho órgano el encargo de resolver los problemas que se presenten en torno a la competencia y jurisdicción, el cual manifiesta en primer medida que la jurisdicción competente para resolver dicho casos es la jurisdicción ordinaria laboral, con posterioridad, existiendo similitud fáctica y jurídica, cambia totalmente su postura, para asignarle la competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa, dichas posturas fueron expuesta con mayor claridad, en el primer capítulo de la presente tesis.

3.3 Aplicación del precedente jurisprudencial

Dentro del análisis jurisprudencial hecho hasta ahora a las altas cortes, se encontraron diversos pronunciamientos en torno a la obligatoriedad o aplicación del precedente jurisprudencial, entendiendo que los conflictos que

se llevan ante la jurisdicción, no son siempre de carácter particular o personal, sino por el contrario, muchas personas se encuentran en una misma situación y se ven compelidas a acudir al sistema judicial para resolver problemas idénticos, como es el caso, de la sanción moratoria. En el cual, miles de servidores públicos, entre ellos, maestros ven afectados sus derechos y prestaciones sociales, y ante la negativa de las entidades administrativas, de pagar lo concerniente a cesantías, o incluso en los casos en que se pagan lo adeudado por este concepto, pero ellos se ven obligados a soportar un plazo que no es razonable y que es abiertamente contrario a la ley.

Dicho de otro modo, cada persona que acude ante el sistema judicial no tiene una situación fáctica específica y particular, como podría pensarse prima facie, sino que comparten similitudes fácticas y jurídicas, no está de más mencionar que la situación a la que se ven enfrentados se origina por una conducta reiterada del Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las respectivas secretarías de educación departamentales y municipales, en tanto que no respetan los términos establecidos en la ley, y si bien para el presente se estudiaron casos presentados en la región del Huila, la situación se replica en todo el territorio nacional, testimonio de eso se puede mencionar las acciones de tutela contra providencia judicial por las decisiones adoptadas

por juzgados y tribunales de todo el país, y que igualmente sirvieron de fundamento en esta investigación.

Al respecto de las similitudes, es fundamental mencionar, lo que se entiende por obligatoriedad del precedente jurisprudencial, y es que de la Constitución Política (Artículos 228 y 230), se desprende que los jueces en sus providencias solo están sujetos al imperio de la ley y se dice que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial. De la lectura de los anteriores artículos constitucionales se puede hacer la siguiente precisión y es que al respecto ha dicho la Corte Constitucional que la jurisprudencia no es un simple criterio auxiliar de interpretación.

Si bien la jurisprudencia es una fuente auxiliar de interpretación jurídica, dado que la norma puede no tener un significado inequívoco, y así lo dio a entender en un principio la Constitución Política, no se puede pasar por alto que posterior a la Constitución de 1991 se le dio mayor importancia a la jurisprudencia.

La Corte Constitucional, órgano que nace de la mencionada Constitución, es la que se encarga, en sus sentencias, de revestir de trascendental importancia a la “jurisprudencia” considerando que tiene un mayor valor que debe cumplirse. Así se tiene que en la sentencia de Unificación 354 de 2017, desarrolla el tema del precedente definiéndolo como “la sentencia o conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado que por su pertinencia y

semejanza en los problemas jurídicos resueltos debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Respecto a que los jueces en sus providencias solo estén sujetos al imperio de la ley se debe indicar que conforme a la misma jurisprudencia ya citada, no es posible que el juez desconozca los criterios o las reglas que han sido fijadas por el órgano de cierre, es claro, que con esto ya se pone un límite a la autonomía judicial del juez, más aun teniendo en cuenta que para el caso de lo contencioso administrativo, el propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, menciona en su artículo 10 el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

En palabras de la corte,

Según lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas

emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento. (Corte Constitucional, SU 354/2017)

Igualmente manifestó que las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes y, además, no constituyen un criterio auxiliar de interpretación, sino que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior” (Corte Constitucional, C-104/1993)

Quiere ello decir que el desconocimiento del precedente, sin una debida justificación por parte del juez, configura un defecto sustantivo como causal específica para que proceda la acción de tutela contra providencia judicial.

Los cambios jurisprudenciales por sí solos, no constituyen una violación al debido proceso (Consejo de Estado, 25 Sep/2018) y así lo ha indicado el Consejo de Estado en sentencia proferida el 25 de septiembre de 2018, tratando el tema de pérdida de investidura. Para el caso en concreto no se presenta solo un cambio jurisprudencial sino también un desconocimiento del precedente se debe analizar hasta qué punto es viable que un juez de inferior rango, desconozca la jurisprudencia de su órgano de cierre, es decir pase por alto las reglas establecidas por el Consejo de Estado o por la Corte

Constitucional y aplique lo dicho por el Consejo Superior de la judicatura, como el caso objeto de estudio.

Las decisiones adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura pueden servir como guía para los jueces en algunos casos particulares, y si bien es cierto que es un órgano encargado de dirimir conflictos de competencia, sin embargo, respecto a sus pronunciamientos ha dicho el Consejo de Estado “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.” (Consejo de Estado, Rad. 1100103150002015238100, Rad. 76001233300020160025901, Rad. 76001233300020160026001 y Rad. 680010233300020160021001, 2016, Ramirez J)

La aplicación del precedente jurisprudencial no es una carga o una obligación que se pretenda imponer per se, contrario sensu, se aplica por cuanto esta, se encuentra íntimamente ligada, con otros derechos, pilares del Estado, como vienen siendo el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso, y el principio de la confianza legítima (Corte Constitucional, T-123/1995 y T-260/1995)

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo reconoce la importancia que tiene la aplicación del precedente jurisprudencial, de esto da muestras el hecho de que en la Ley 1437 de 2011, la cual da origen al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se establezcan varias disposiciones normativas. Al respecto se tiene que el artículo 10 que como ya se dijo, trata del deber para las autoridades administrativas, de aplicar uniformemente las normas constitucionales, legales y reglamentarias a situaciones de hecho y de derecho iguales. Para ello se deben preferir las Sentencias de unificación del Consejo de Estado que interpreten y apliquen dichas normas, igualmente las de la Corte Constitucional que interpreten normas constitucionales (Corte Constitucional, C-634/2011), y si es deber de las autoridades administrativas, no puede ser contrario para las autoridades judiciales ya sea porque se trate de aplicar precedente jurisprudencial en sentido horizontal o vertical, de ahí que exista una grave falta al desconocer lo dicho por estas corporaciones bien sea entre ellas o por parte de autoridades administrativas, dándole mayor importancia a lo dicho por el Consejo Superior de la Judicatura, como en los casos antes expuestos.

El artículo 102 del mencionado código, consagra el deber que recae sobre las autoridades, en el sentido de extender los efectos de la jurisprudencia a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos facticos y jurídicos. Respecto a este apartado normativo, la Corte constitucional estudio una

demanda de constitucionalidad y al respecto dijo que la corporación ha sido enfática en señalar que la obligación de los operadores judiciales de seguir el precedente judicial en sus decisiones no está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que se extiende a las demás Altas Cortes. En la sentencia C-335 de 2008, la Corte se refirió a las decisiones de todos los órganos de cierre jurisdiccional y reiteró el carácter vinculante de su jurisprudencia (Corte Constitucional, C-335/2008), en los siguientes términos:

Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundante en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. (Corte Constitucional, C-335/2008)

De manera similar reiteró la Corte constitucional (Corte Constitucional, C-816/2011), al sostener que la fuerza vinculante de las Altas Cortes surge de

su definición constitucional como órganos de cierre, “condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones”.

De lo anteriormente referido, no se explica, que si bien con este tipo de pronunciamientos, se pretende reafirmar la importancia de las sentencias proferidas por las altas cortes, y el deber de observancia por parte de los órganos de inferior jerarquía, para el caso concreto se pase por alto lo dicho por el máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo.

La importancia del precedente también fue explicada en otra sentencia de unificación para el año 2015, al señalar que cuando emana de los Altos Tribunales de Justicia adquiere un carácter ordenador y unificador “que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso”. (Corte Constitucional, SU-053 de 2015)

De esta forma, queda demostrada la importancia actual que cumple el precedente jurisprudencial, no solo en la jurisdicción ordinaria sino especialmente en la contenciosa administrativa.

3.4 Retroactividad y retrospectividad de la jurisprudencia.

Se ha planteado en este escrito que, a muchos usuarios de la administración judicial, luego de haber iniciado su proceso en vigencia de unos criterios jurisprudenciales, se le cambio la competencia del proceso única y exclusivamente por la variación de los pronunciamientos judiciales, de tal manera que en este punto deberán analizarse los fenómenos de retroactividad y retrospectividad de la jurisprudencia.

El primero de aquellos fenómenos, señala la aplicación de la nueva jurisprudencia a casos pasados o previos a la expedición de la misma, en cambio, la retrospectividad, “se presenta cuando (...) se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición” (Corte Constitucional, T-110/2011)

Lo que quiere decir que mientras una se aplicaría violando el debido proceso, pues estaría modificando las reglas y subreglas fijadas por los jueces de una situación nacida en vigencia de otras, con la retrospectividad, solamente se modificarían aquellas situaciones que, aunque se hubiesen presentado aún no hubieran tenido efecto jurídico.

En cuanto a los fenómenos planteados en las normas, se puede decir que,

(i) Por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados” (Corte Constitucional, T-110/2011, L. Vargas)

En sí mismo, la aplicación de la retrospectividad y la retroactividad implica bordear derechos constitucionalmente protegidos, como son la igualdad,

debido proceso, seguridad jurídica, pero sobre todo la administración de justicia que podría verse comprometida por la variación en la jurisprudencia.

En la sentencia de la Corte Constitucional C-781 de 2003, se pronunció respecto al concepto de retrospectividad de la ley, para el caso concreto sobre la aplicación en material laboral, dijo:

El artículo 25 de la Constitución dispone que 'el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado', y agrega que 'toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas'. Es decir, que la ley debe rodear el trabajo humano de especiales condiciones de cuidado, estímulo, garantía y respeto. Acorde con este imperativo, la ley laboral (art. 16 del CST) ha desarrollado como una de sus normas rectoras el que sus disposiciones son de orden público, por lo que tienen 'efecto general e inmediato' y por tanto afectan los contratos de trabajo vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, 'pero no tienen efecto retroactivo, esto es no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores.

El Consejo de Estado ha concluido que es prohibido dar aplicación retroactiva del precedente so pena de incurrir en violación al debido proceso y las garantías judiciales, los derechos de libertad e igualdad y defraudación de la confianza legítima (C.E. 27 Jun 2017) , y resulta resolver uno de los

problemas planteados en esta tesis y que al ser un pronunciamiento reciente, no soluciona las consecuencias de los años anteriores en donde evidentemente expedida la jurisprudencia el proceso en trámite podría sufrir afectación.

El Estado consciente de esta situación y luego de evidenciar con preocupación cómo las decisiones jurisprudenciales pueden entrar a perturbar bienes jurídicamente protegidos, afectando como consecuencia la seguridad jurídica, mediante pronunciamiento de la misma rama judicial, creó la figura de la “jurisprudencia anunciada”⁹ (Consejo de Estado, 27 Jun/2017) la cual pretende que los efectos de dicha sentencia solo sean aplicables a procesos que inicien con posterioridad a dicha providencia, en aras de garantizar los principios constitucionales al debido proceso y a la defensa de las entidades y sujetos demandados ante esa jurisdicción.

Posteriormente la sección tercera en sentencia fechada el 4 de septiembre de 2017, cuyo ponente es el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa manifestó lo que ya se comentó, de la prohibición de la aplicación del precedente con efecto retrospectivo, buscando no defraudar el principio de la confianza legítima.

⁹ Subrayado propio

Todo esto busca proteger a las personas que actuaron en respeto a la ley, y respetando las normas dictadas por la jurisprudencia, mal haría entonces en castigar a quienes actuaron cobijados bajos los postulados de lo que en su momento constituía la jurisprudencia vigente. Este fallo resulta ser de vital importancia por la riqueza argumentativa, ya que no solo se funda en normas y derechos del orden interno, sino aún más allá respalda su decisión de prohibir la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, pues esto responde a postulados consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (Ratificada por Colombia mediante L 16 1972), como lo son el debido proceso y las garantías judiciales, principio de legalidad y retroactividad (Arts. 8 y 9 CADH.)

Lo anteriormente dicho constituye un avance importante, en cuanto al alcance y aplicación de jurisprudencia, y da nuevas luces para futuras interpretaciones, necesarias, en el acontecer jurídico del Estado.

3.5 La Jurisprudencia anunciada como posible solución

Siguiendo la presentación que hiciera el doctor Alberto Montaña Plata para el libro,

“Derecho Administrativo Laboral” del profesor Jorge Iván Rincón Córdoba (2009), en donde apunta que “el derecho administrativo, en

términos históricos, se construyó casi con una obsesiva (no por ello incompresible) asimilación de un principio de legalidad, ajeno al, o al menos no muy familiarizado con el principio de supremacía de la Constitución” (Rincón, 2009)

Se determina la importancia de la existencia previa de las líneas trazadas por la ley ampliándola a la jurisprudencia, bajo una especie de principio de legalidad extendido y se encontró con la figura de la “jurisprudencia anunciada”, aplicada por el Consejo de Estado, en particular se tiene que en la sentencia del cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018) con radicación 2018-02151-00 y 27 de Marzo de 2019, radicación 2018-02151-01 que tratan el tema de pérdida de investidura de congresistas, refieren sobre las sentencia de unificación y sobre la jurisprudencia anunciada, lo siguiente:

Empleando el mecanismo de la jurisprudencia anunciada – esto es, que el nuevo criterio adoptado sería aplicable hacia el futuro y no al caso concreto –, en el sentido de señalar que la labor de unificación de jurisprudencia está encomendada a esta Corporación, ya sea a través de sus secciones o de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero cuando actúan aquellas o esta como tribunales de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme puede deducirse del contenido de los artículos 270 y 271 del CPACA. Es así que de acuerdo con el artículo 270 del CPACA son tres las

fuentes de las sentencias de unificación jurisprudencial: (i) las sentencias que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica, transcendencia económica o social o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; (ii) las sentencias expedidas al decidirse los recursos extraordinarios; y (iii) las sentencias relativas al mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo. (Consejo de Estado, Rad. 2018-02151-00 y 2018-02151-01, Oct 04/2018 y 27 Mrz/ 2019)

Se tiene entonces con dichas providencias que, el Consejo de Estado, reitera las formas de unificación jurisprudencial y la existencia de este nuevo criterio, constituyéndose como un mecanismo que pretende no vulnerar principios de seguridad jurídica y confianza legítima al existir cambios de postura jurisprudencial.

A de aclararse que el tema no tiene ninguna relación con lo analizado en esta tesis, sin embargo, como se ha mencionado se propone aplicar la figura de jurisprudencia anunciada a todas las decisiones tanto del Consejo de Estado como de las demás altas cortes atendiendo a que, si la ley no es retroactiva, a menos que sea favorable, la jurisprudencia debería tener el mismo tratamiento.

El instituto de la jurisprudencia anunciada matiza las consecuencias de las alteraciones interpretativas de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, como quiera que ello propugna por una aplicación modulada en el tiempo –hacia el futuro– de las nuevas previsiones hermenéuticas (Consejo de Estado, 03 agosto de 2017)

Es necesaria la implementación de dicha figura, que actualmente, no posee mayor desarrollo, por cuanto la aplicación de nueva jurisprudencia no en pocos casos trae consigo la vulneración de derechos y legítimas expectativas.

3.6 La caducidad de la acción

La caducidad de la acción está regulada en la jurisdicción contenciosa administrativa al tenor del artículo 164 del C.P.A.C.A. en relación con el medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho consagra:

La demanda deberá ser presentada so pena de incurrir de que opere la caducidad: *“(...) Dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en*

otras disposiciones legales (...)". (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 164)

El Consejo de Estado respecto al tema ha manifestado:

“La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello. La figura de la caducidad se configura cuando el plazo establecido en la ley para instaurar algún tipo de acción ha vencido” (Consejo de Estado, Rad. 2010-214-01, 21 de febrero de 2011)

Descendiendo al caso en concreto se debe mencionar que, en el tema de variación jurisprudencial respecto al conflicto de competencias negativo, prima facie, no habría vulneración de derecho alguno. Lo gravoso de la situación es que en el caso del Departamento del Huila, según se evidencia de las sentencias analizadas, se interpusieron un gran número de demandas ante la jurisdicción ordinaria laboral, en búsqueda del reconocimiento de la sanción moratoria, pues se estaba siguiendo las pautas y jurisprudencia vigente, y se reitera vigente, porque las personas confiadas legítimamente de la posición que había señalado el Consejo Superior de la Judicatura, y que los juzgados laborales y administrativos decidieron adoptar, presentaron sus demandas que posteriormente fueron despachadas desfavorablemente inclusive en muchos fallos citando jurisprudencia de años posteriores a la fecha de iniciación de la demanda.

Esta situación conduce a que los jueces, o bien se declaren incompetentes para conocer sobre la pretensión o bien nieguen las pretensiones produciendo un desgaste en los usuarios, en el aparato judicial y una limitación en el acceso a la justicia y es que cuando los procesos por sanción moratoria por pago tardío de la cesantías, se llevaron a cabo por vía ordinaria laboral, los jueces laborales, no se podía devolver a la jurisdicción contenciosa administrativa por cuanto opero la caducidad de la acción.

Ya existen sentencias constitucionales por acción de tutela en donde se ordena dejar sin efectos los autos en los cuales los juzgados administrativos se han declarado incompetentes y se han enviados a los juzgados laborales, y como consecuencia de ello se deja sin efecto toda la actuación y como el proceso ha estado dentro de la jurisdicción el termino de caducidad se interrumpiría, ordenándose a los despachos contenciosos admitir las demandas. Pero se insiste, ¿qué pasa con aquellos procesos que nunca fueron administrativos y por tanto no se realizaron todos los pasos previos para la interposición de estas acciones?

En estos casos, al interponerse el correspondiente medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho, resulta que ante el acto administrativo que se pretende atacar ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad, pues la acción no se interpuso dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición del acto, pero esta omisión no se debe al mero capricho o a voluntad del demandante o de su abogado, sino porque se había acudido al proceso ejecutivo, que tiene un término de prescripción el 3 años, y no requiere conciliación pre judicial, se tiene entonces que se castiga al usuario por seguir lo establecido por los mismos órganos máximos, he aquí donde resulta visible la vulneración de derechos.

3.7 La responsabilidad del Estado

¿El Estado debe ser responsable patrimonialmente por la conducta de sus agentes?

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. (Corte Constitucional, C-644/2011, J. Palacio) La responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial a partir de la jurisprudencia desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado (Corte Constitucional, C-644/2011, J. Palacio).

Es de admirar, que en un Estado que es totalmente positivista, haya nacido esta teoría que obliga al Estado, a reconocer la responsabilidad patrimonial extracontractual, por una tesis, que no tiene un asiento normativo expreso. La presente tesis no pretende hacer grandes debates respecto a qué se entiende por responsabilidad jurídica del Estado, ni entrará a pronunciarse respecto de todas las teorías que históricamente han elaborado lo que hoy se puede considerar como responsabilidad del Estado.

Si bien se habla de la responsabilidad del Estado después del año 1991, no quiere decir que antes de esta fecha no existiera ya, gran desarrollo jurisprudencial del tema, porque en efecto existe, pero es de anotar que, en esta fecha con la Constitución de 1991, nace por primera vez un precepto de rango constitucional referente a la responsabilidad.

El artículo 90 de la Constitución Política preceptúa que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90)

Antes de la constitución de 1991 no existía disposición alguna que de manera expresa estableciera la responsabilidad del Estado (Corte Constitucional, C-333/1996, A. Martínez), el artículo anteriormente citado, contiene la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado (Consejo de Estado, 8 May/1995, J. Montes).

La consagración de este artículo dio el primer elemento para que se reconociera la responsabilidad objetiva del Estado, lo cual aunado al debate y controversia jurisprudencial ha llevado a que se incorporen nuevas disposiciones tendientes a reconocer la responsabilidad en distintas circunstancias.

Como señala Gil Botero la prioridad no es buscar un culpable para sancionarlo, sino comprender y reparar a la víctima por el mal injustamente sufrido.

La directriz del sistema de responsabilidad patrimonial lo constituye en la actualidad el daño, así lo predicen la jurisprudencia, la doctrina y lo impone la ley (Constitución Política de Colombia, art. 90) en nuestro medio. Más aun, la doctrina demanda de la jurisprudencia o de la ley esfuerzos que propendan la unificación de la responsabilidad patrimonial, lo cual implicaría una concepción unitaria del fenómeno resarcitorio toda vez que las diferencias o el empleo de dualismos no descansan sobre una base ontológica, sino de reglamentación, ante el presupuesto lógico de que a un mismo daño debe corresponder una misma indemnización independientemente del hecho desencadenante, sea este una violación del deber jurídico de no dañar derivado de un acto o hecho lícito o ilícito, o bien, de un quebrantamiento obligacional, provenga de la ley o del contrato, en asuntos de derecho público o privado.

3.7.1 El daño antijurídico

El daño antijurídico es aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar (Armenta A., 2009). Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se pretendió mostrar que con el concepto de daño antijurídico la responsabilidad extracontractual del Estado se había vuelto objetiva, noción que inicialmente fue aceptada, pero que posteriormente y en virtud del desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado resultó equívoco.

Henao (1998) sostiene que el daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima que debe tener la característica de ser persona, es decir, sufrido por quien reclama su reparación, y de cierto este es determinado o determinable.

El daño se vuelve antijurídico cuando además de carecer de título jurídico válido, excede las cargas que jurídicamente debe soportar el individuo, siempre que se encuentren debidamente acreditadas.

Como se dijo con anterioridad, la constitución de 1991, con el artículo 90 creó la cláusula de responsabilidad del estado y el concepto de daño antijurídico, lo cual ha dado pie para que al respecto se emita gran cantidad de criterios, doctrinas, y teorías respecto a la responsabilidad y sus regímenes.

El concepto de daño antijurídico se constituye en piedra angular, de toda la responsabilidad de la administración, apartándola del elemento subjetivo (Culpa o dolo) y centrándolo en el daño (Irisarri, 2000)

Henao respecto al daño, manifiesta “el daño antijurídico se convierte en un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serian su fundamento inmediato.

La inclusión del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, no implica una objetivación de la responsabilidad; para Henao siguen presentándose los regímenes subjetivos (falla probada y falla presunta), solo que el fundamento, en todos los casos, va a ser el daño antijurídico, pero según cada caso este se puede revelar como falla del servicio, (presunta o probada), o como daño especial, o como riesgo excepcional u otros regímenes no condicionados por la presencia de una falla del servicio.

Se encuentra dentro del desarrollo jurisprudencial (Consejo de Estado, 04 Dic/2007, exp.16.241) que el daño es el presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo. Siguiendo a Gil Botero la argumentación que procede, encuentra cabal desarrollo en la jurisprudencia

del Consejo de Estado colombiano, en cuanto al papel fundamental y prioritario del elemento del daño como estructurador del deber resarcitorio:

Porque a términos del artículo 90 de la Constitución Política es más adecuada que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado, o a una persona jurídica de derecho público. La objetivación del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya existencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión. Con anterioridad al examen judicial de estas controversias, por lo general, enfocaba inicialmente la comisión de una falla del servicio, conducta consecuente con el concepto del daño que tradicionalmente se había venido manejando según el cual la antijuridicidad del daño se deducía de la ilicitud de la causa. (Consejo de Estado, 10 Sep/1993, exp. 6.144)

De ahí que sea tan importante para el presente hablar de la existencia de un daño cierto, que puede ser comprobable y se manifiesta en la total imposibilidad de acceder a la justicia, ante la conducta o falla de los

operarios judiciales, que desconocieron el precedente vertical fijado por el Consejo de Estado, máximo órgano de lo contencioso administrativo.

La posición de jueces y magistrados de desatender el precedente, y acatar lo dicho por el Consejo Superior de la Judicatura, origino un perjuicio en los intereses de los usuarios de la justicia, un desgaste en el aparato judicial, exacerbando la inseguridad jurídica, y el principio de confianza legítima, los cuales son fines y principios del Estado, motivo por el cual es dado estudiar el grado de responsabilidad por las conductas relacionadas con la administración de justicia.

Gil Botero (2017), igualmente hace referencia a los requisitos para configurar la responsabilidad, diciendo que:

La estructura en la que se fundamentaba la responsabilidad era la siguiente: hecho-culpa-relación de causalidad-daño, enfoque según el cual, frente a los actos o hechos, la obligación de indemnizar solo se daba si el daño había sido causado culpablemente, idea que fue producto de la concepción ultraliberal característica de la época. Es cierto que el daño puede tener su origen en un acto o en un hecho ilícito, pero no es requisito necesario, aunque a veces sea suficiente el comportamiento culpabilista para que se dé la reparación; bien puede darse la obligación de reparar sin presencia de conducta antijurídica

alguna, esto es, comportamientos no contrarios a derecho, que no empecé producen un daño injusto.

3.7.2 Del error judicial- jurisdiccional

La responsabilidad patrimonial del Estado ha sido una preocupación constante en el acontecer nacional, por tanto, ha sido amplio el debate y la discusión teórica al respecto. Fruto de dichas discusiones han nacido a la vida jurídica diferentes posiciones de entender la responsabilidad extracontractual del Estado, descendiendo al caso de la presente tesis, la responsabilidad está ligada directamente con la administración de justicia.

El error judicial no ha sido una tesis históricamente aceptada, de ello dan cuenta diversos pronunciamientos del Consejo de Estado (Consejo de Estado, 15 May/1992) en los que manifestaban considerar que:

La administración de justicia además de servicio público, constituye el ejercicio mismo de la potestad del estado, cuya estabilidad en concreto se halla asegurada por el instituto de la cosa juzgada, que conlleva a la inmutabilidad de sus decisiones y hace imposible replantear jurisdiccionalmente la discusión de un litigio definido mediante sentencia ejecutoriada y en firme. Como ha tenido

oportunidad de expresarlo el Consejo de Estado, en nuestro país la tendencia ha sido la de reconocer únicamente la responsabilidad personal del juez, dentro de las taxativas hipótesis del artículo 40 del C. de P.C.

Lo anteriormente citado, sirve para demostrar que la responsabilidad en la administración de justicia tuvo un trato inicial de excepcional, cosa que con posterioridad cambió, factor fundamental para que esto sucediera fue la consagración normativa de la Ley 270 de 1996, mediante la cual se estableció la Ley Estatutaria de Justicia, en su artículo 65 establece acerca de la responsabilidad del Estado:

El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos, que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales. “En los términos del inciso anterior, el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. (Ley 270, 1996, art. 65)

Santofimio Gamba (2016) sobre la entrada en vigor de dicha ley sugiere que, se produce una especie de reglamentación de la cláusula constitucional de responsabilidad del Estado, comprendiendo el artículo 65 y consagrándose lo como fundamento para la imputación el “defectuoso funcionamiento de la administración de justicia” el “error jurisdiccional” y la

“privación injusta de la libertad”. El error jurisdiccional lo comprende como “aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional” durante el curso de un proceso y que se materializa con una providencia contraria a la ley. Para que opere este fundamento la ley estatutaria establece dos presupuestos:

(i) Que se hayan presentado los recursos de ley y (ii) que la providencia se encuentre en firme.

Para esta “especie” de reglamentación, se consideran como eximentes de responsabilidad encuadrable en este régimen a la “culpa exclusiva de la víctima” que opera en dos supuestos: (1) cuando aquella actúa con dolo o culpa grave y (2) Cuando no haya presentado los recursos de ley (Art 70)”

Con la mencionada Ley se abre el campo, para hablar de la responsabilidad en cuanto administración de justicia, cabe recordar igualmente las obligaciones internacionales derivadas de la convención Americana de Derecho Humanos incorporada al derecho nacional mediante Ley 16 de 1972, que manifiesta en el art. 10 “que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.” (Convención Americana de Derecho Humanos, ratificada por la Ley 16/1972, art. 10)

El error únicamente se materializa en una providencia judicial, al respecto ha dicho el Consejo de Estado (Consejo de Estado, 21 Oct/99, exp. 9544) que una providencia contraria a la ley es aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la debida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma.

De acuerdo con lo anterior, el error jurisdiccional que se estudia en el presente trabajo, es de tipo interpretativo, dado que conforme se evidencia en los casos antes expuestos, los operadores judiciales de la jurisdicción laboral en obediencia a las resueltas de las providencias emanadas con ocasión del conflicto de competencias por parte del Consejo Superior de la Judicatura, asumieron la cognición de procesos judiciales en los que docentes pretendían el pago de la sanción establecida en el párrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, sin ser los jueces naturales para ello, y desencadenando tal acto en la pérdida de oportunidad para los docentes, al operar el fenómeno de la caducidad para acudir a través del medio de control de nulidad y restablecimiento derecho ante el juez contencioso administrativo. Lo anterior, por cuanto en el desarrollo de todo el proceso especial laboral (ejecutivo) fenecían los cuatro meses del medio de control idóneo.

En la sentencia C 037 de 1996, se dijo que “la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria, y flagrantemente violatoria al debido proceso” y dijo también que “El error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una vía de hecho.”

La consideración de la vía de hecho, fue superada, se tiene por ejemplo que en sentencia del 05 de diciembre de 2007 rad. 15.128 se dice que “El error judicial consiste, en realidad, en una verdadera falla en la función de administrar justicia” por cuanto no todo error judicial, incurre necesariamente en vía de hecho.

De lo expuesto, la materialización de la falla en la función de administrar justicia en el estudio de los casos objeto de investigación, se configura por cuanto los operadores judiciales erraron al no acatar el fallo del 27 de mayo de 2007, en el que el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa determinó que la cognición de procesos cuya pretensión fuera el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, es de la órbita de competencia del juez contencioso, y no del laboral. Por el contrario, la jurisdicción laboral lo que hizo fue asumir sin ser el juez natural, el conocimiento de aquellos procesos al acatar las providencias emanadas del Consejo Superior de la Judicatura con ocasión de los conflictos negativos de competencia.

Todo lo anterior sirve para manifestar que, de una responsabilidad indirecta del estado, que también era excepcional, se ha llegado a una responsabilidad objetiva. Eliminando el componente de subjetividad del agente como requisito para su configuración. (Gil, 2017).

CONCLUSIONES

Se conocía que el medio de control procedente para perseguir el pago de la sanción moratoria por la demora en el pago de las cesantías a los servidores públicos, especialmente docentes, era el de nulidad y restablecimiento del derecho cuya competencia recaía sobre los jueces contenciosos administrativos, dicha posición creaba en los usuarios de la administración una expectativa de seguridad jurídica pero, a raíz de un pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura de 2007, la competencia cambió, pues a través de aquel, la corporación declaró que la competencia para conocer sobre este asunto la debían tener los jueces laborales porque la obligación se derivaba era del incumplimiento de una norma, de un plazo taxativo que da la misma, plazo que resulta claro y expreso en virtud de la existencia de un acto administrativo que reconocía un derecho cierto e indiscutible como son las cesantías parciales, por lo que se estaba frente a una ejecución de una obligación que cumplía con los presupuestos de un título ejecutivo. A partir de allí se crearon una serie de dificultades para el usuario de la administración de justicia derivado de la jurisdicción y competencia interpretada por distintas especialidades de la misma rama judicial.

Así surgió todo un precedente por medio del cual se entendió que el juez natural y competente para conocer sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales a través de una demanda ejecutiva, era el juez ordinario laboral, y dicha tesis fue permeando cada uno de los distritos judiciales hasta convertirse en una tesis institucional.

En el caso de Neiva, los jueces laborales, no teniendo otro camino, acataron la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, quien tenía la competencia por mandato constitucional de dirimir los conflictos de competencia, y asumieron el conocimiento de los procesos. Sin embargo, sentaron posición y empezaron a negar los mandamientos ejecutivos en virtud de la no existencia del título ejecutivo complejo pues no se cumplían los presupuestos para el mismo, los cuales se resumen en que el título base de la ejecución debe contener una obligación clara, expresa y exigible, y no existe sobre todo, la claridad de la prueba documental con la que contaban la mayoría de los expedientes, pues no contaban con la aceptación por parte de la administración de la existencia de la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria, dicho de otra manera, era casi pretender ejecutar a una persona con una letra de cambio que ella misma no aceptó y no suscribió.

Dicha posición fue confirmada en muchas providencias por los Tribunales Superiores, negando de contera las pretensiones de las personas que

legítimamente y de buena fe acudieron a la justicia ordinaria laboral, en virtud de la línea jurisprudencial existente.

A raíz del replanteamiento realizado por el Consejo Superior en sentencia de febrero de 2017, nuevamente se establece que efectivamente quien tiene la competencia para conocer del asunto es el juez contencioso administrativo, y no el juez laboral como anteriormente lo había señalado, posición que ha mantenido el Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, que como se mencionó mediante auto del pasado 27 de julio de 2016, en el que el colegiado indicó que para considerar que la indemnización moratoria por el incumplimiento en el pago de cesantías es una obligación a cargo de la administración debe tenerse en cuenta que no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción, por cuanto constituye la fuente de la obligación y no el título ejecutivo, el cual se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración; así concluyó que el camino procesal idóneo para discutir lo referente a las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, toda vez que en estos casos procede la ejecución del título complejo. (Consejo de Estado, Auto, 27 Jul/2016)

Luego de la extensa variación jurisprudencial respecto del tema, la realidad es que muchos docentes acudieron a la jurisdicción a través de una

acción ejecutiva laboral, pues existía la confianza legítima de que era la vía procedente para estudiar la pretensión del pago de la sanción moratoria, sin embargo, con el pronunciamiento del 2017 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, dicha confianza se vio seriamente desvanecida, pues antes de la expedición de la Ley 2080 de 2021 por medio de la cual se modificaron disposiciones de la Ley 1437 de 2011, se tenía que para acudir a la jurisdicción contenciosa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento era necesario agotar un requisito de procedibilidad que en la jurisdicción laboral no es obligatorio, ello es, convocar a la contraparte a una audiencia de conciliación ante la procuraduría delegada para asuntos administrativos, con la salvedad de que dicha solicitud de conciliación debía radicarse antes de que se cumpliera el término cuatro (4) meses, lapso que iniciaba a partir de la notificación del acto administrativo que niega o reconoce el derecho, pues de no cumplirse tal carga, caducaba la acción para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, se aclara, tal exigencia en lo contencioso administrativo feneció con ocasión de lo consagrado en el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

Entonces, en dicho momento y debido a que en materia laboral la prescripción para acudir a la jurisdicción es de tres años, y si los usuarios creían que era la acción adecuada y procedente, seguramente por el paso del tiempo y en atención a la inseguridad frente a la competencia del asunto, cuando se encontraban con que no era la vía correcta, ya les había fenecido

la posibilidad de acudir a la administración de justicia a través del medio idóneo, el cual resulta ser el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Actualmente existen sentencias constitucionales en virtud de la acción de tutela, en las que se ordena dejar sin efectos los autos mediante los cuales los juzgados administrativos se han declarado incompetentes para conocer del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, y han optado por enviarlos a los juzgados laborales; teniendo como consecuencia que la Corte ordene dejar sin efecto toda la actuación, y como el proceso ha estado dentro de la jurisdicción el término de caducidad se interrumpiría, ordenándose a los despachos contenciosos admitir las demandas. No obstante, se insiste, ¿qué pasa con aquellos procesos que nunca cursaron dentro de los despachos contencioso administrativos, y por tanto no se surtieron las etapas procesales previas para la interposición del adecuado medio de control, como lo es la radicación de la solicitud de conciliación ante la procuraduría delegada para asuntos administrativos? ¿Se sobrentiende caducada la acción por el error jurisdiccional en la interpretación y aplicación de la norma que contiene la indemnización?

Pues bien, frente a los pronunciamientos hechos por las altas cortes en sede de tutela, se tiene que el Consejo de Estado sostiene la posición de que se está frente a una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la justicia, cuando los Juzgados Administrativos declaran

la falta de competencia y envían los procesos a la jurisdicción ordinaria laboral, para que sean ellos quienes asuman el conocimiento de los mismos.

Lo anterior bajo el supuesto de la interpretación que hacen los jueces administrativos al remitir por competencia el conocimiento de un asunto en el que se esté en discusión el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de cesantías de docentes, a la jurisdicción ordinaria bajo el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías y que junto a la Ley 244 de 1994 se conforma un título ejecutivo complejo, cuando ello bajo ninguna circunstancia 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 demandantes.

Entre tanto la Corte Suprema de Justicia, se aparta de esta posición y considera por el contrario que, cuando el demandante promueve una demanda ejecutiva laboral, ya debió haber adelantado las etapas procesales previas correspondientes, aun cuando la parte de manera equivocada acudió a la jurisdicción ordinaria para que fuera esta la que conociera de la demanda promovida con el fin de que se le reconocieran los intereses moratorios como consecuencia de la mora injustificada en el pago de las cesantías solicitadas por el accionante.

El Consejo Superior de la Judicatura por su parte, no realiza un pronunciamiento de fondo frente la acción de tutela impetrado por un ciudadano que considera que sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y a la igualdad han sido vulnerados tanto por la jurisdicción ordinaria como la contencioso administrativa, pues se limita a analizar la procedencia o no de la tutela y si fue presentada con inmediatez, dejándole un sin sabor al accionante de que sus derechos van a continuar siendo vulnerados toda vez que el juez de tutela no amparó sus derechos fundamentales, palpablemente vulnerados por el Estado en cabeza de agentes estatales, en este caso de funcionarios judiciales.

Por otro lado, se observa la posición de la Corte Constitucional, la cual, pese a que desde el año 2013 se ha venido presentando un conflicto de competencias entre los jueces laborales y administrativos, hasta el año 2017 se pronuncia frente a tal situación, precisando los eventos específicos en los que procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la ejecutiva laboral. Garantizando además el derecho a la igualdad que tienen los docentes frente al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de cesantías.

No obstante lo anterior, también se advierte que hubo casos en concreto donde los accionantes duraron más de cinco años en busca del

reconocimiento y pago de la sanción moratoria sin posibilidad de la indexación pues pese a que este tema no se trató en la presente tesis, se encuentra establecido como precedente jurisprudencial del Consejo de Estado que por tratarse de una penalidad económica y no de un derecho laboral reconocido no se puede acceder a la sanción moratoria y a la vez a la indexación, aunque lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

No hay duda de que existe una clara negación de justicia, la cuestión es determinar a quien se le debe imputar la responsabilidad, pues de un lado, la Corte Constitucional valida la violación de derechos que en principio no estaban enlistados en esta investigación, como la igualdad, la violación del precedente jurisprudencial y la favorabilidad; por su parte la Corte Suprema de Justicia, no admite ni acepta la ocurrencia de tal, pues se insiste, encuentra que cada uno de sus jueces ordinarios, ha acatado la ley y la jurisprudencia que existe al respecto, concluyendo también que no se ha violado el proceso, mientras que el Consejo de Estado ha sentado jurisprudencia al respecto aclarando y reafirmando su competencia respecto al conocimiento de tales procesos, cuando la administración no ha aceptado la obligación de cancelar la sanción moratoria; así las cosas, ha decidido en sede de tutela, ordenar la admisión de las nulidades y restablecimientos de derecho.

Por otro lado, quien inició el verdadero conflicto de competencias, esto es el Consejo Superior de la Judicatura, no se pronunció de fondo, pues se limitó a indicar que la tutela no era inmediata por lo que no resultaba procedente. Quizá resultaría que por no enmendar los errores en sede constitucional al concluir que no hubo inmediatez para presentar la acción de tutela, ¿el Estado en cabeza de la rama judicial, deba responder?

Dicha multiplicidad de posiciones y lineamientos genera en los usuarios de la administración de justicia inseguridad jurídica debido a que, la no unificación y disparidad de criterios frente a los procesos en mención trasgrede preceptos mínimos constitucionales dado que no permiten un efectivo acceso a la justicia, causan un desgaste procesal al sistema y adicional, generan perjuicios tasables económicamente para los usuarios.

Existe un daño antijurídico, dado que los usuarios de la administración no están en la obligación de soportar los perjuicios que ocasiona la negación del acceso a la justicia por la falta de unificación de criterios de sus operadores judiciales, y ello si se tiene en cuenta que frente al tema que nos convoca existía una posición clara del Consejo de Estado indicando cual era la jurisdicción a la que se debía acudir para resolver las controversias. No obstante, el proceder de los jueces fue el acatar lo dicho por el Consejo Superior de la Judicatura, pasando por encima de la postura uniforme del

órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, e imponiendo cargas desproporcionales a los demandantes.

Es entonces cuestionable el proceder de los jueces frente al criterio que deciden adoptar y por tanto desechar normatividad vigente y jurisprudencia del máximo orden, o por el contrario, son los jueces quien se ven sumergidos en una camisa de fuerza al encontrarse en un escenario de no unificación de criterios de las altas Cortes y por tanto, perjudicar en cierta medida al usuario de la administración; o será entonces, a todas luces, el mismo Estado quien propicie la vulneración de derechos y la negativa de acceso a la justicia.

Los únicos afectados son los usuarios de la administración de justicia, quienes ante tal situación no tienen ningún otro tipo de recurso o mecanismo de defensa, ni se puede aducir culpa exclusiva de la víctima, dado que las personas acudieron de buena fe, conforme al trámite procesal que en ese momento se aplicaba a la controversia, es decir, acudir a la jurisdicción ordinaria, perdiendo la oportunidad de acudir después a la contenciosa administrativa por presentarse el fenómeno jurídico de la caducidad, según ya fue abordado.

Cabe señalar que la anterior consecuencia enunciada no puede ser entendida como una carga que los usuarios deban soportar, porque mal hace el Estado en privar del derecho al acceso a la administración de justicia, a la

sociedad en general por falencias propias de su sistema judicial y que por tanto él mismo propicia.

Por otro lado, se ha implementado para otros casos que no se relacionan con el hecho de las cesantías o el conflicto de competencias, propiamente hablando, una figura que se conoce como “jurisprudencia anunciada”, que consiste en que cuando el Consejo de Estado varia su postura, prohíbe que se aplique de manera retroactiva a casos que se hayan empezado a conocer antes del pronunciamiento, de tal suerte que se genera una especie de principio de legalidad extensivo a la jurisprudencia en virtud del cual las acciones que se iniciaron en vigencia de una postura jurisprudencial, deberán seguir dicho criterio, garantizando la igualdad material y la seguridad jurídica.

El tema tratado no ha sido un hecho aislado o poco común, pues como bien se puede apreciar en los primeros capítulos, corresponde a la actuación de varios jueces, en cientos de casos que, ante la duda en la aplicación de la norma, deciden consolidar una posición, para dar trato igual a todas las acciones que pretendían el reconocimiento de la sanción moratoria.

Lo anterior lejos de garantizar un efectivo acceso a la administración de justicia, y de perseguir el justo reconocimiento de derechos, ocasiona graves traumatismos en los usuarios de la justicia, pues como se expuso, existen

casos en donde los demandantes no solo se han visto inmersos en una excesiva mora judicial, también han visto frustrados sus derechos patrimoniales y laborales con ocasión de la variación jurisprudencial producto de un posible “choque de trenes”, pues a lo largo de las sentencias decantadas extraídas de las diferentes corporaciones que integran las altas cortes del país, pudo evidenciarse que el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, mantuvo uniformidad respecto de su competencia para conocer de los procesos en los que se persigue la sanción moratoria, mientras que la jurisprudencia emanada del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Suprema de Justicia fue variable, al punto de afectar desproporcionalmente a los accionantes.

Es así como se determina a partir del mencionado recuento jurisprudencial que, aunque son los jueces los encargados de impartir justicia y reconocer derechos, en ocasiones priman más criterios subjetivos que el principio de favorabilidad que siempre debe imperar en la aplicación de la normatividad, máxime si se trata de derechos de carácter laboral, sea en el sector público o privado, por cuanto afectan directamente el patrimonio de quien acude en búsqueda de justicia, pues consecuentemente se afecta su calidad de vida y probablemente la de todos los miembros de su familia, trasgrediendo derechos de índole fundamental, y es debido a ello que surge la necesidad de la intervención oportuna de la corporación encargada de la salvaguarda de la Constitución Política, la Corte Constitucional.

Aunado a ello, y descendiendo al caso objeto de estudio, nótese cómo la misma Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria acepta jurisprudencialmente que su competencia frente al conocimiento de la sanción moratoria se ciñe única y exclusivamente cuando existe certeza acerca de la existencia del título ejecutivo complejo, es decir, cuando la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria se causa no solo por el acto administrativo que demuestra que no se consignaron las cesantías a tiempo, sino porque además la entidad encargada reconoció a través de otro acto administrativo que efectivamente incurrió en mora, situación que genera un título ejecutivo complejo. Pero todo ello solo hasta que la Corte Constitucional a través del estudio de las acciones de tutela interpuestas por quienes padecieron la tesis aquí expuesta, sentó precedente y fijó la línea procesal que debía guiar la competencia tanto de la jurisdicción contenciosa como de la jurisdicción ordinaria laboral.

Lo anterior, pese al criterio social que debe impregnar las decisiones de la jurisdicción ordinaria, especialmente la laboral, dado el tacto con el que se debe asumir el conocimiento de derechos de índole patrimonial propios del trabajador sin importar su condición de servidor público o empleado del sector privado.

Es así como se concluye que el Estado debe responder patrimonialmente por el daño que durante más de una década han padecido los usuarios de la administración de justicia, ante la incertidumbre procesal producto de la discrepancia de criterios jurídicos relacionados con los factores de competencia, respecto del cual, el órgano de cierre de la jurisdicción que por regla general ostenta la competencia, ya tenía dilucidado, dado que como se extrae de la jurisprudencia decantada, su línea tuvo tendencia de uniformidad.

Por lo que el daño antijurídico consistió en la negación de un eficaz acceso a la justicia, además de aquellos daños producidos a causa de la falta de unificación jurídica, inseguridad reglamentaria y desgaste administrativo que se materializó; generó desconfianza en la administración de justicia y un cuantioso desgaste moral y patrimonial del servidor público que demandó bien por la vía ordinaria laboral o bien por la vía contencioso administrativa debido a que ante la incertidumbre se produjo una excesiva mora judicial en la resolución de su controversia o, probablemente se enfrentó a la pérdida de su derecho por la inminente operación del fenómeno de la caducidad o, eventualmente de la prescripción.

Constituyéndose lo anterior en la pérdida de oportunidad para lograr a través de la jurisdicción, el pago de la sanción moratoria, y aunque en algunos casos fue posible obtener el reconocimiento de las pretensiones,

igualmente se causó el daño en atención a la morosidad judicial con ocasión a la disparidad de criterios, pues el monto de la condena se tornó irrisoria para el momento en que se hizo efectiva, dado que si el docente había demandado en el año 2014, solo hasta el 2020 la jurisdicción contenciosa falló, y sumado a ello, se surtió el trámite administrativo ante la entidad a efectos de obtener el cumplimiento.

Todo ello constituye el motivo por el cual se considera pertinente y absolutamente procedente que quienes se vieron inmersos en el conflicto de competencia en torno al conocimiento de procesos judiciales que perseguían el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, se encuentren legitimados para ejercer el medio de control de reparación directa, a fin de lograr el resarcimiento de los daños causados por el error judicial producto de la disparidad de criterios jurídicos entre las corporaciones respecto de las que se expuso la línea jurisprudencial a lo largo de esta investigación; y para ello es importante precisar que la responsabilidad patrimonial del Estado se imputa a título de error judicial, y debe indicarse que se trata de una responsabilidad objetiva conforme la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 constitucional, por lo que lo único y realmente indispensable es que el usuario de la justicia demuestre el daño y menoscabo sufrido con ocasión del error judicial.

BIBLIOGRAFIA

1. Armenta Ariza, A. (2009) El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación, consultado el 19 de febrero de 2019 en <https://www.redalyc.org/html/2739/273920944007/>
2. Azula Camacho, J. (2009) Procesos Ejecutivos, Tomo IV. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.
3. Benítez Pinedo, J. M.(2010). El reconocimiento de la licencia de maternidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Discurso Laboral No. 15. Bogotá, Colombia.
4. Botero Marino, C y Jaramillo J F, 2005, El Conflicto de las Altas Cortes Colombianas en torno a tutela contra sentencias, Revista Foro Constitucional Iberoamericano No. 12, Universidad Carlos III. Madrid – España. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19561>
5. Botero Zuluaga, G. (2016) Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y la seguridad social. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. Colombia.
6. Canosa Torrado, F. (2017) Las nulidades en el código general del proceso. Editorial ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá D.C. Colombia
7. Carrera Silva, L. (2011), La acción de tutela en Colombia, Revista Ius, Volumen 5 No. 27, Enero-Junio de 2011, Puebla- México. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/80>
8. Cerón Del Hierro, A. (1998). Introducción al derecho del trabajo. Relaciones individuales. Bogotá, Colombia
9. Consejo Superior de la Judicatura. (1992). Sobre la Competencia. Revista Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Volumen 1. No. 1, pp. 167, 169.
10. Fiduprevisora (2019) Quienes somos. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/seccion/nuestra-empresa.html> Consultado el 5 de mayo de 2019.
11. Gallego Marín, C.A (2012). El Concepto de Seguridad Jurídica en el Estado Social, Jurid. Manizales, disponible en:

[http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf) consultado el 5 de mayo de 2019

12. Garzón Martínez, J.C. (2014). El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Sistema Escrito- Sistema Oral. Debates Procesales. Bogotá, Colombia. Editorial DOCTRINA Y LEY.
13. Gil Botero E. (2017) Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá Colombia. Editorial Temis.
14. Gonzaez Charry, G. (1994). Derecho Laboral Colombiano. Tomo 1 Relaciones Individuales. Bogotá, Colombia. Editorial DOCTRINA Y LEY.
15. Henao Pérez J.C.,(2015) Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Bogotá, Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia.
16. Irrisari Boada, C, (2000), El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, consultado el 30 de abril de 2019 en <https://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
17. López Blanco, H.F. (2017), Código General del Proceso Parte General. Editorial DUPRE Editores. Bogotá, Colombia.
18. Mora, N, (1985) Procesos de Ejecución. Tomo 1. Bogotá, Colombia. Editorial TEMIS.
19. Ortiz Cabrera, F. (2012) Derecho del trabajo actual, Escritos en Homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años, Indemnización Moratoria. Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Bogotá, Colombia.
20. Machicado, J. (2013), La Caducidad, Apuntes Jurídicos en la Web. Disponible en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/04/cad.html>
21. Ossorio, M. (1963), Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Montevideo, Uruguay. Editorial OBRA GRANDE.
22. Plazas Muñoz, G.A (2011). La Nueva Practica Laboral 2011. Bogotá, Colombia. Editorial LINOTIPIA BOLIVAR.
23. Palacio Hincapié, J.A (2013). Derecho procesal administrativo. Octava edición. Bogotá D.C. Colombia.
24. Red De Derechos Humanos Del Suroccidente Colombiano Francisco Isaías Cifuentes. RDDHFIC. Acción de tutela. Disponible en: http://www.reddhfic.org/index.php?option=com_content&view=article&id=61&Itemid=144
25. Rincón Córdoba, J. (2009). Derecho administrativo laboral. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.

26. Rodríguez Rodríguez, L. (2015). Derecho administrativo general y colombiano. Editorial Temis s.a. Bogotá D.C. Colombia.
27. Santofimio Gamba, J. (2016) Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
28. Suarez Hernández, D. (2017), El Proceso Ejecutivo Ante La Jurisdicción De Lo Contencioso Administrativo Y El Cobro Coactivo, disponible en:
<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistasicdp/article/viewFile/222/pdf>. Consultado mayo de 2017
29. Vargas Osorno, R, AVILA TRIANA, J. y otros. (2013). Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Compendio Teórico Práctico. Bogotá, Colombia. Editorial LEGIS
30. Villegas Arvelaez, J. (2005). Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructura y relaciones individuales. Bogotá, Colombia, editorial LEGIS.
31. Younes Moreno, D. (2013) Derecho administrativo laboral. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. Colombia.
32. Ámbitojuridico.com, Estos requisitos permiten procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. 24 Julio 2015. Disponible en:
<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/estos-requisitos-permiten-procedencia-de-la-accion-detutela-contra-providencias-judiciales>
33. Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (2008) Derecho Administrativo. Disponible en: <https://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Derecho-Administrativo.pdf>

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

34. Juzgado Octavo Administrativo, María Consuelo Rojas Noguera, Auto-045 del 22 Enero de 2016. Rad 41001333370320150039900
35. Juzgado Tercero Administrativo, L Collazos, Auto del 12 de marzo de 2015. Radicado 41001333370320140018700
36. Juzgado Primero Laboral del Circuito. Armando Cárdenas Morera 4 Octubre/16, Rad 41001310500120160068400

37. Juzgado Segundo Laboral del Circuito. Yesid Andrade Yagüe. 11 de Enero de 2017. Rad. 41001310500220160052300
38. Juzgado Tercero Laboral del Circuito, María Eloísa Tovar Arteaga, auto del 18 de Enero de 2012. Rad. 41001310500320120005000
39. Juzgado Tercero Laboral del Circuito, María Eloísa Tovar Arteaga, Auto del 26 de Noviembre de 2012.
40. Juzgado Tercero Laboral del Circuito, María Eloísa Tovar Arteaga, Auto del 11 de Noviembre de 2014. Rad 41001310500320120005000
41. Juzgado Tercero Laboral del Circuito, María Eloísa Tovar Arteaga, Auto del 9 de abril de 2015. Rad41001310500320110109600
42. Tribunal Administrativo del Huila. MP Ramiro Aponte Pino. 5 de mayo de 2015. Radicado 41 001 23 33 000 2013 00484 00
43. Tribunal Administrativo del Huila. MP Ramiro Aponte Pino. Auto del 29 de septiembre de 2014. Rad. 41 001 23 33 000 2014 00404 00
44. Auto del Tribunal Administrativo del Huila del 24 de enero de 2019. Magistrada Ponente Beatriz Teresa Galvis Bustos. Radicado 41001333300320140055101
45. Tribunal Superior Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Laboral Familia, MP María Amanda Noguera de Viteri. Radicado: 41001310500320100094101. Alberto Núñez Barrera VS La Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo, 13 JULIO DE 2011.
46. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. 13 de marzo de 2011. M.P. Dra. María Mercedes López Mora. radicado N.º 11001010200020110047800
47. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Decisión del 11 de diciembre 2014. M.P. Dr. Pedro Alonso Sanabria Buitrago. Radicación No. 110010102000201402044 00. REF.: Conflicto de Competencias entre las Jurisdicciones Contencioso Administrativa y Ordinaria Laboral
48. Consejo Superior de la Judicatura. Decisión del 03 de diciembre de 2014. M.P. Angelino Lizcano Rivera. Radicación No. 11001010200020140215800.
49. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. M.P. Dr. José Ovidio Claros Polanco. Decisión del 7 de mayo de 2014. Rad. 11001010200020140058600
50. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. M.P. Dr. Néstor Javier Osuna Patiño. 03 de diciembre de 2014, Radicación No. 110010102000201402161

51. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. (16 de febrero de 2017) Providencia 110010102000201601798 00, aprobado en acta No. 14 del 16 de febrero de 2017. [M.P. Dr. José Ovidio Claros Polanco]
52. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria (14 de agosto de 2013) Providencia N.º 11001010200020130185400. [M.P. Doctor José Ovidio Claros Polanco]
53. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria (14 de agosto de 2013) Providencia N.º 11001010200020130126600. [M.P. Doctora María Mercedes López Mora]
54. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria (13 de marzo de 2011) Providencia N.º 11001010200020110047800. [M.P. Doctora María Mercedes López Mora]
55. Consejo de Estado, Sección Segunda (27 de marzo de 2007) Sentencia 76001-23-31-000-2000-02513-01. [M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante]
56. Consejo de Estado, Sección Segunda Subseccion B, (18 de julio de 2018), 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P Sandra Lisset Ibarra Velez.
57. Consejo de Estado. Sentencia del 19 de mayo de 2016, radicación No. 68001-23-33-000-2016-00056-01(AC), Consejero Ponente Roberto Augusto Serrato Valdés.
58. Consejo de Estado. Sentencia del dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés y Radicado 11001-03-15-000-2016-00539-01(AC)
59. Consejo de Estado. Sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación 11001-03-15-000-2017-00130-00(AC).
60. Sentencia del 26 de julio de 2018 Consejo de Estado Sección Quinta Consejo Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio radicación 25000234100020180055601
61. Corte Constitucional. Sentencia T-363/97. MP. Jose Gregorio Hernández Galindo. Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).
62. Corte Constitucional, Sentencia T-777 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil ocho (2008).

63. Corte Constitucional, Sentencia SU-098 del 17 de octubre de 2018 Corte Constitucional Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, radicado T-6.736.200.
64. Corte Constitucional, Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017 Corte Constitucional Magistrado Ponente (E) Iván Humberto Escrujería Mayolo.
65. Corte Constitucional, Sentencia SU 354 del 25 de mayo de 2017. Magistrado Ponente (E) Iván Humberto Escrujería Mayolo.
66. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia del cuatro (04) de mayo de dos mil dieciséis (2016), Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, radicación 43132.
67. Corte Suprema de Justicia Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, Radicación No. 90099.
68. Corte Suprema de Justicia Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero radicación 90692.
69. Corte Suprema de Justicia Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Sentencia del seis (06) de abril dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero radicación 90979.
70. Corte Suprema de Justicia Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Sentencia del seis (06) de abril dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero radicación 90919.
71. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuéllar, radicación No. 91580
72. Corte Suprema de Justicia Sala de Decisión de Tutelas No. 2 Sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero radicación 91639.
73. Consejo de Estado, sentencia del tres (03) de agosto de 2017 Magistrado Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio radicación No. 11001-03-28-000-2016-00081-00
74. Consejo de Estado, sentencia del 21 de febrero de 2011 Consejero Ponente Olga Melida Valle De La Oz, radicación 52001-23-31-000-2010 00214-01(39360)

75. Juzgado Once Administrativo de Ibagué, sentencia del 25 de Octubre de 2017, John Libardo Andrade Flórez radicación: 73001-33-40-011-2017-00046-00

REFERENCIAS NORMATIVAS

76. Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1995) Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones. [Ley 244 de 1995]. DO: 42.171.
77. Congreso de Colombia. (02 de enero de 1984) Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. [Decreto 01 de 1984]. DO: 36.439.
78. Congreso de Colombia. (24 de junio de 1948) Sobre Procedimientos en los juicios del Trabajo. Código Procesal del Trabajo. [Decreto Ley 2158 de 1948]. DO: 44.640.
79. Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.
80. Congreso de Colombia. (06 de agosto de 1970) Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. [Decreto 1400 de 1970]. DO: 33.150.
81. Congreso de Colombia. (31 de julio de 2006) por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. [Ley 1071 de 2006]. DO: 46.346.
82. Congreso de Colombia. (30 de Diciembre de 1972) por medio de la cual se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José, Costa Rica, firmado en san José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.
83. Congreso de Colombia. (07 de Marzo de 1996) Estatutaria de la administración de Justicia [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745