



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00640-00**

**Actor: EDISON NEIRA ORTÍZ**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**

**Asunto: Fallo de primera instancia**

Procede la Sala a resolver la acción de tutela formulada por el señor Edison Neira Ortiz, contra del Tribunal Administrativo del Tolima, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1. Solicitud**

El señor Edison Neira Ortiz, en nombre propio, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

Consideró vulnerados tales derechos con ocasión de la sentencia de 20 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual confirmó el fallo de 27 de noviembre de 2015 adoptado por el Juzgado 2º Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho tramitado bajo el radicado No. 73001-33-33-002-2014-00676-01, que negó las pretensiones de la demanda.

### **1.2. Hechos**

El actor sustentó la solicitud de amparo en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- El señor Neira Ortiz, con fecha de 12 de agosto de 2013, solicitó



al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Ministerio de Educación Nacional – en adelante FOMAG -, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y/o definitivas correspondientes a los servicios de docencia prestados por él.

- Mediante la Resolución No. 0430 del 3 de febrero de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció que el actor aportó la documentación suficiente y necesaria para el efecto, de conformidad con lo establecido en la Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1995.
- Al no recibir respuesta, por conducto de apoderado, el señor Neira Ortiz nuevamente requirió al FOMAG con escrito radicado No. 2014PQR17132 de fecha 7 de mayo de 2014, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por cuenta del incumplimiento en el pago oportuno de las cesantías.
- Como consecuencia, el FOMAG profirió la Resolución No. 2014RE6685 de fecha 9 de mayo de 2014, mediante la cual negó el reconocimiento y pago de dicha sanción
- Por lo anterior, el accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento del Tolima, la cual fue conocida en primera instancia por el Juzgado 2º Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, quien por medio de la sentencia del 27 de noviembre de 2015 resolvió negativamente las pretensiones.
- Con fallo de 20 de junio de 2016, el Tribunal Administrativo del Tolima confirmó la decisión de primera instancia al considerar que el actor pertenece a un régimen especial que no es reconocido a la luz de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.
- El señor Neira Ortiz interpuso acción de tutela contra la autoridad judicial que conoció en segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho referenciado.



### 1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la parte actora, la autoridad judicial accionada desconoció su derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

*«en decisión del 11 de diciembre de 2014, esa misma Corporación, al resolver un caso idéntico al aquí planteado, ordenó el “reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas (...)” y dejó sentado que a (sic) sanción moratoria “se concibe como una condena a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, creada con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación del auxilio de cesantía en términos de la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995 (...).*

*Es así que la decisión de segunda instancia contradice abiertamente los principios constitucionales referentes a las garantías procesales que deben existir en el desarrollo de un proceso administrativo, que constituye parte fundamental del derecho al debido proceso y, por ende en el caso particular, tengo vinculación directa con el derecho a la igualdad atendiendo el principio de favorabilidad laboral, toda vez que no resulta lógico y menos admisible, que el mismo órgano judicial resuelva de manera antagónica dos situaciones idénticas que reclaman el mismo trato»*

Agregó que mediante la sentencia SU-053 de 2015, la Corte Constitucional señaló que los pronunciamientos de los altos Tribunales tienen un efecto ordenador y unificador *«...que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso...»*.

Así mismo, alegó que la providencia enjuiciada incurrió en violación directa de la Constitución, por cuanto desconoce el artículo 4º del mismo estatuto, que establece que en todo caso de incompatibilidad entre la Carta y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales.

Lo anterior, por cuanto *«los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio... se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías y cuyo tenor dispone: (...) Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados*



públicos del orden nacional.», y en ese sentido, es claro para el accionante que la citada disposición «*nada establece sobre la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social.*»

#### 1.4. Pretensiones<sup>1</sup>

Presentó las siguientes:

**“PRIMERA:** TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en tanto desconocen la jurisprudencia propia del Consejo de Estado que en casos similares ha accedido a las pretensiones de los diferentes medios de control. Por lo anterior, solicito que se ordene a las autoridades judiciales accionadas dejar sin efecto el fallo del 20 DE JUNIO DE 2016 y, en su lugar, proferir uno nuevo mediante el cual se reconozca y pague la sanción por mora solicitada.

**SEGUNDA:** DECLARAR, que la sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, integrada por los Magistrados, violó el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia (...)

**TERCERA:** DECRETAR, AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, que me reconozca el derecho que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, contra el Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio la que hizo extensiva al Departamento del Tolima, con el fin de que se DECLARE la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número 2014RE6685 DEL 9 DE MAYO DE 2014, (...)

**CUARTA:** Se de cumplimiento al principio de la inmediatez, es decir, que la tutela se está imponiendo después de haberse emitido el fallo de la Corte Constitucional en Sala Plena del 18 de mayo de 2017 sentencia SU336-17, debido a que a la inseguridad jurídica (sic) que se venía presentando en estos casos y que por fin se dio la razón y estabilidad jurídica que se requería para este caso en concreto, lo cual permite interponerla en este evento, debido a que el Tribunal Administrativo del Tolima desconoció los fundamentos del Consejo de Estado que, de ser aplicados, posiblemente hubieren conllevado a que se desatara favorablemente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en su recurso de apelación por ello (a) presentado dentro del medio de control impetrado.

**QUINTA:** Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se sirva ordenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar la MORA EN EL PAGO Y/O SANCIÓN MORATORIA por el no pago de las cesantías

---

<sup>1</sup> Folios 1 y 2 del expediente.



*parciales y/o definitivas (...)*

**SEXTA:** *Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio indexar los valores resultantes del reconocimiento conforme los parámetros señalados en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

**SEPTIMA** (sic): *Que se ordene al (sic) Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento a la sentencia con conforme (sic) lo señalado en el artículo 195 del C.P.A.C.A.*

**OCTAVA:** *Que en el caso de emitirse una condena en abstracto, se ordene al (sic) Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 193 del C.P.A.C.A.*

**NOVENA:** *Que se condene en costas.*

## 1.5. Trámite

Con providencia de 8 de marzo de 2018<sup>2</sup>, el Despacho Sustanciador admitió la acción de la referencia; ordenó notificar a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Tolima y al Juzgado 2º Administrativo Oral de Ibagué; y vinculó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al departamento del Tolima (*partes demandadas en el proceso ordinario*).

## 1.6. Contestaciones

Remitidos los oficios correspondientes, intervinieron las siguientes autoridades:

### 1.6.1. El Tribunal Administrativo del Tolima<sup>3</sup>

Con respuesta del 22 de marzo de 2018, manifestó que:

*“... la posición inicial de esta Corporación se sustentaba en señalar que el marco normativo que regula el régimen prestacional del personal docente, no consagraba el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (...)*

---

<sup>2</sup> Folio 40 del expediente.

<sup>3</sup> Folios 48 y 49 del expediente.



*Sin embargo, teniendo en cuenta la posición adoptada por el H. Consejo de Estado en sede de tutela, a través de los cuales se empezó a dejar sin efecto las decisiones adoptadas por esta Corporación que negaban el reconocimiento de esta clase de sanción, para dar paso a su reconocimiento, llevó a este Tribunal a reevaluar su posición y acoger la postura del órgano de cierre.*

*Adicionalmente se tomó en cuenta la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional SU-336 de 2017 (...)*”

Conforme lo expuso, concluyó que a la fecha ha reevaluado su posición en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria al personal docente.

### **1.6.2. Juzgado 2 Administrativo Oral de Ibagué<sup>4</sup>**

Sustentó que la acción de la referencia no cumple con el requisito de la inmediatez, habida cuenta que la sentencia enjuiciada fue proferida el 20 de junio de 2016, es decir, que a la fecha de presentación del mecanismo constitucional, ha transcurrido más de un año sin que el accionante hubiese realizado algún tipo de defensa para contrarrestar la vulneración de sus derechos fundamentales, en consecuencia, solicitó declarar la improcedencia de la tutela.

### **1.6.3. La Fiduprevisora<sup>5</sup>**

Con escrito enviado el 25 de enero de 2018, adujo que en su calidad de vocera y administradora del FOMAG no tiene la competencia para realizar reconocimientos, modificaciones, correcciones, adiciones, etc. de actos administrativos; ni proceder a hacer algún pago sin que exista previamente una autorización.

Solicitó negar las pretensiones de la demanda al considerar que el actuar del Tribunal Administrativo del Tolima se ajusta a derecho, y su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva de conformidad con el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

---

<sup>4</sup> Folios 50 a 53 del expediente.

<sup>5</sup> Folios 69 a 73.



#### **1.6.4. La Nación - Ministerio de Educación<sup>6</sup>**

Argumentó que la solicitud de amparo no cumple con los requisitos generales ni especiales de procedencia, por lo tanto, solicitó la denegación de la misma.

Por último, solicitó ser desvinculado de la presente acción, toda vez que esa entidad no tiene competencia para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela, ni ha vulnerado derecho fundamental alguno.

### **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **2.1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la acción tutela instaurada por el señor Edison Neira Ortiz, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

#### **2.2. Problema jurídico**

En el asunto bajo estudio, corresponde a la Sala determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, al no acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Para resolver la cuestión planteada la Sala analizará los siguientes temas: **(i)** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; y **(ii)** el estudio de la inmediatez como presupuesto adjetivo de procedencia de la solicitud de amparo.

#### **2.3. Cuestión previa**

La Nación – Ministerio de Educación solicitó su desvinculación del trámite porque carece de competencia para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la acción de la referencia.

---

<sup>6</sup> Folios 79 a 81.



Así mismo, la Fiduprevisora solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Sala negará dicho requerimiento teniendo en cuenta que la vinculación de las dos entidades se dio en calidad de terceros con interés, en virtud de su participación en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Edison Neira Díaz para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

#### **2.4. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>7</sup> **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>8</sup> y declaró su **procedencia**<sup>9</sup>.

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

#### **2.5. Inmediatez**

Frente al requisito de inmediatez se ha insistido en que la acción de tutela debe incoarse en un plazo razonable<sup>10</sup>, el cual debe ser ponderado por el juez en cada caso, pues de lo contrario se burlaría el alcance jurídico establecido por el constituyente y se desvirtuaría su

---

<sup>7</sup>Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

<sup>8</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>9</sup> Se dijo en la mencionada sentencia **“DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”**

<sup>10</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Rad. 11001-03-15-000-2008-01018-01(AC), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.





finalidad de medio de protección actual, inmediato y efectivo.<sup>11</sup>

De acuerdo con lo anterior, esta Sección<sup>12</sup> ha declarado la improcedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales, después de haber transcurrido un lapso considerable desde la ocurrencia del hecho generador que da lugar a la solicitud de protección y la presentación de la misma, sin que medien razones suficientes que justifiquen el retardo.

## 2.6. Caso Concreto

Ahora bien, ante la presente petición de amparo, observa la Sala que la providencia cuestionada dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor Edison Neira Ortiz contra el FOMAG y el departamento del Tolima, controvertida en sede constitucional, es de 20 de junio de 2016, notificada el 23 de junio de ese mismo año y ejecutoriada el día 28 de ese mes y año.

La acción de tutela se radicó hasta el 27 de febrero de 2018, esto es, luego de haber transcurrido más de un año y siete meses desde la ejecutoria de dicha providencia, por lo que es imperioso concluir que existe reparo al juicio de procedibilidad respecto del requisito de inmediatez, pues éste no es un plazo que la Sala considere razonable.

En sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014<sup>13</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que seis (6) meses es suficiente para acudir y solicitar el amparo de los derechos fundamentales que se estimen vulnerados con ocasión de providencias judiciales.

<sup>11</sup> Sentencia Corte Constitucional T-290 de 14 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>12</sup> Ver sentencias: de 18 de abril de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01172-01, C.P. Susana Buitrago Valencia; 3 de julio de 2013. Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01891-01, 12 de agosto de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2013-1435-00 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; 3 de julio de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00142-01, 12 de septiembre de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02203-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, entre otras.

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



Al respecto, la Sala observa que la parte accionante en su escrito de tutela no adujo motivo alguno para la interposición tardía de la solicitud de amparo.

Deviene entonces de lo dicho que, a juicio de esta Sala, controvertir la providencia judicial, lo que supone cuestionar principios como los de cosa juzgada y seguridad jurídica, impone para el interesado que se haga en un plazo pertinente, salvo justificación razonable. Por ello, el juicio sobre el requisito de la inmediatez frente al caso de las tutelas contra providencias judiciales, resulta ser estricto pues basta con que la decisión que se señala de vulnerar derechos sea conocida y se encuentre **ejecutoriada** para que la persona acuda ante el juez constitucional para solicitar el amparo de sus derechos.

En ese orden de ideas, como en el *sub examine* no existe una explicación válida para el ejercicio de la acción de tutela por fuera del tiempo proporcional y razonable adoptado por la Corporación, la Sala considera que el lapso que dejó transcurrir la parte actora para alegar la vulneración de sus derechos, desconoce el requisito de inmediatez y por tanto resulta improcedente la solicitud de amparo.

### III. DECISIÓN

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

#### FALLA

**PRIMERO.- DECLARAR** la improcedencia de la acción de tutela presentada por el señor Edison Neira contra el Tribunal Administrativo del Tolima, por las razones expuestas.

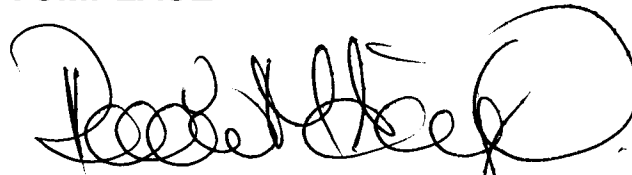
**SEGUNDO: NEGAR** las solicitudes de desvinculación realizadas por la Nación – Ministerio de Educación y la Fiduprevisora, en calidad de terceros con interés en el proceso de la referencia, por las razones expuestas.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes y a los terceros intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



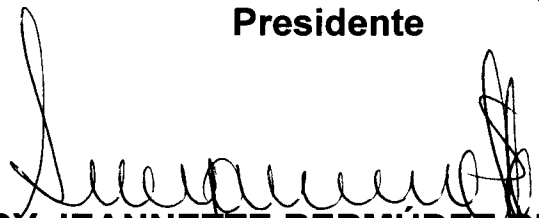
**CUARTO:** Si no fuere impugnada, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Presidente**



**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera**



**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Consejero**



**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Consejero**



SC5780-6-1



GP859-6-1

