TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
PROCESO:	**70-000-23-33-001-2015-00254-01**
DEMANDANTE:	**WILSON COHEN GUTIÉRREZ.**
DEMANDADO:	**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

ASUNTO A RESOLVER

Decide el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 27 de septiembre de 2016 proferido por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO en audiencia inicial, mediante el cual se declaró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción y se dio por terminado el proceso.

1. ANTECEDENTES

WILSON COHEN GUTIÉRREZ presentó demanda en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo No. 000041 de 20 de noviembre de 2014, por medio del cual el Fiscal General de la Nación imparte instrucciones sobre el deber de dar aplicación a las deducciones salariales a que haya lugar por la no prestación efectiva del servicio.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condenara al ente demandado a efectuar el pago de lo deducido de un salario, prima de navidad, prima de productividad, bonificación por actividad judicial y todo emolumento que tenga relación con el cese de actividad declarado por la Fiscalía General de la Nación.

La demanda fue admitida mediante auto del 18 de febrero de 2016 (folio 64), y notificada a las partes el 03 de marzo de 2016 (folio 69).

Posteriormente mediante auto de fecha 26 de julio de 2016, se convoca a las partes para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011, la cual se llevó a cabo el día 27 de septiembre de 2016 (folio 153 a 157).

1.1. DE LA PROVIDENCIA APELADA.

En audiencia inicial celebrada el 27 de septiembre de 2016[1], el juez de primera instancia consideró al momento de decidir las excepciones previas (artículo 180 Nral 6º), declarar probada de oficio la de caducidad.

Para el efecto señaló que, que el acto que debía ser objeto de enjuiciamiento judicial era la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014 y no el memorando 00041 de 20 de noviembre de 2014, pues aquella era la decisión administrativa definitiva que ordena las deducciones de valores salariales por la no prestación de servicios con ocasión del paro judicial evidenciable en el mes de noviembre de 2014. En apoyo de su argumento citó decisiones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, sobre la circular en mención. En ese sentido*, el A quo*, decidió adoptar como medida de saneamiento individualizar debidamente el acto administrativo a demandar y tener por tal, a la Circular 0014 del 18 de noviembre de 2014; determinación contra la cual, la partes no manifestaron reparo alguno.

A continuación, el Juez de primera instancia, consideró pertinente pronunciarse sobre la caducidad del medio de control, señalando que la misma de oficio se encontraba probada. En las razones de su determinación, señaló que: *"En el caso de marras, es de anotarse que la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, es ejercida contra de un acto administrativo de contenido general, contentivo de la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014, la cual es demandable a la luz de lo establecido en el inciso 2º del artículo 138 del C.P.A.C.A., siempre que se cumpliere con la regla general de presentación, en los 4 meses siguientes a la publicación del acto"*

[1] Folio 153 a 157.

En este orden, interpretó el *A-quo*, que el término de caducidad de la acción existiendo un acto intermedio de ejecución o cumplimiento del acto general se contaría a partir de éste. No obstante, se expuso que en el asunto particular, no se preveía la configuración de dichos actos, por lo que su término debía empezar a correr a partir del día siguiente de la expedición del acto general contenido en la circular 0014 del 18 de noviembre de 2014, esto es, desde el 19 de noviembre de 2014 al 19 de marzo de 2015.

Dejando por establecido igualmente, que la solicitud de conciliación extrajudicial solo fue presentada hasta el 20 de abril de 2015, y la demanda presentada el 07 de julio de la misma anualidad, configurándose así, el fenómeno de la caducidad de la acción.

No obstante a lo anterior, el juez explicó, que si se llegare a tomar el término de caducidad de la acción, desde el cumplimiento efectivo del acto administrativo general, este vendría a materializarse con los descuentos evidenciables de la nómina laboral del mes de noviembre de 2014, esto es, el 10 de diciembre de 2014, aconteciendo también aquí el fenómeno de la caducidad, pues para su computo se iniciaría el 11 de diciembre de 2014 y finalizaría el 13 de abril de 2015, y como se dijo, la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial solo se hizo hasta el día 20 de abril de 2015, estado caducada la acción.

1.2. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Contra la providencia que declaró probada de oficio la caducidad de la acción, y dando por terminado el proceso se opuso la parte actora interponiendo recurso de apelación[2], argumentando que, en el expediente reposan una serie de diligencias y derechos de petición que fueron contestados que acortarían el periodo de caducidad, teniendo en cuenta lo que dice la jurisprudencia en cuestiones de derecho administrativo en cuanto a la caducidad de la acción.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer la apelación interpuesta, en segunda instancia, tal como lo consagra el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. De igual

[2] Minuto 9:05 a 10:50 CD-ROM (Audiencia Inicial).

manera, se advierte que el auto impugnado en susceptible de recurso de apelación, al tenor del numeral 3º del artículo 243 ibídem.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con los argumentos de la providencia dictada por el A quo y los reparos formulados por el apelante (P. Demandante), dirigidos directa y exclusivamente a controvertir la declaratoria de caducidad[3], corresponde en esta instancia establecer, *si en el presento asunto, efectivamente se ha configurado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.*

Con el fin de dilucidar el tema puesto a consideración de la Sala, en primer lugar, se tratará, en términos generales, la naturaleza jurídica de las circulares administrativas, la caducidad y la suspensión de su término por la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del ministerio público, y por último, el caso concreto.

2.2.1. Naturaleza jurídica de las circulares administrativas

Jurisprudencialmente se ha entendido que, las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio.

No obstante, puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátese de una circular o de una carta de instrucción, se tomen

[3] Partiendo del artículo 320 del C.G.P. la competencia del *Ad-quem* viene claramente delimitada por los reparos concretos y de fondo que formule la parte recurrente en contra la decisión recurrida, señalándose asimismo, que el superior no tiene libertad de suponer otros motivos que a su juicio debieron ser invocados en contra de la decisión[3], porque debe existir identidad material y jurídica entre los aspectos de fondo decididos y la argumentación traída en la sustentación de la apelación, al igual que entre las motivaciones consignadas por el *A-quo* y las razones de inconformidad.

decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo[4].

Ahora bien, lo anterior traído al caso de marras, se tiene que, se solicita la nulidad del memorando No. 00041 del 20 de noviembre de 2004, no obstante según la naturaleza jurídica de los actos demandables, el acto pasible de control judicial vendría a ser el contenido en la Resolución No. 0014 de 2014, por ser este el acto administrativo definitivo que ordenó las deducciones salariales por la no prestación del servicio en lo que duró el periodo del cese de actividades durante el mes de noviembre de 2014, pues se ha entendido que, los memorandos puede considerarse como actos preparatorios o de trámite del acto administrativo definitivo, en tanto no definen la situación jurídica de lo que se demanda[5].

Por el contrario en lo que respecta a la circular 0014 del 28 de noviembre de 2014, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia (12) de febrero de dos mil quince (2015), acción de tutela radicada bajo el número 11001-03-15-000-2014-04080-00, determinó que:

> *"Al respecto resalta la Sala que de conformidad con los argumentos planteados por el actor, se censura la legalidad de la decisión la entidad accionada, que está contenida en un acto administrativo, en concreto,* ***Circular No. 00014 del 18 de noviembre de 2014. Así, es claro para la Sala que lo solicitado por el actor, al derivarse del cumplimiento de un acto administrativo debe ventilarse a través de los mecanismos dispuestos por el legislador para censurar su legalidad, es decir, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.*** *Sobre el particular en criterio de la Sala, el actor puede exponer, a través del citado medio de control, todos los argumentos que presenta en esta oportunidad, contra las decisiones de la Fiscalía General de la Nación. En ese orden de ideas, la acción de tutela es improcedente para resolver la controversia que el actor plantea en esta oportunidad, sobre todo cuando tampoco acredita el solicitante alguna situación constitutiva de un perjuicio irremediable, que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio[6-7]"*

Por lo anterior, es claro que el acto administrativo contenido en la Circular 0014 del 18 de noviembre de 2014, es un acto general pasible de ser demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad a lo establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A, sometido a la regla

[4] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B. Sentencia del veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013).C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.
[5] Ver Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.
[6] Consejero Ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE
[7] Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-407 de 2015. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

de temporalidad de los cuatro meses siguientes la publicación del acto que se demanda contenida en el artículo 164 numeral 2, literal D, *ibídem*.

2.2.2. La Caducidad.

La caducidad, entendida como un plazo objetivo para el ejercicio oportuno del derecho de acción, se encuentra regulada en las normas procedimentales como una carga procesal, es decir, como un imperativo que emana de las disposiciones adjetivas con ocasión del proceso, en cabeza de las partes, no exigible coercitivamente, y cuya no ejecución acarrea consecuencias jurídicas desfavorables para el renuente[8].

Por lo anterior, entiende la Sala, la caducidad como el plazo perentorio para comenzar el proceso y ejercer los diferentes medios de control, cuyo incumplimiento permite que se presuma la falta de interés del demandante en el impulso del mismo, y su vencimiento hace que sea imposible intentar su inicio[9].

La jurisprudencia ha señalado que, *"el presupuesto procesal de caducidad es entendido como aquel "fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales"*[10].

Por su parte, la H. Corte Constitucional en sentencia C- 781 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y la C-115 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara[11], ha sostenido que: *"La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien,*

[8] Para mayor ilustración ver: DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 10. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 460.
[9] El Consejo de Estado ha señalado, entre otras que "la caducidad es un modo de limitar el ejercicio del derecho de acción con ocasión del transcurso del tiempo y tiene como finalidad la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga certeza de sus consecuencias" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicación No. **05001-23**-31-000-2012-00752-01 del 21 de febrero de 2013
[10] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Expediente 1201-08. C.P Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez
[11] Que el despacho resalta y considera aplicables al caso concreto.

dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado."[12]

Entendida como el plazo objetivo para incoar oportunamente las acciones judiciales, opera cuando el término concedido para ejercitar la acción ha vencido, independientemente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo; óptica desde la cual, se comprende que este término no puede ser materia de convención ni de renuncia, dado que es improrrogable, razón por la cual, la facultad de acudir al aparato jurisdiccional, comienza a contarse con el inicio del plazo prefijado en la ley, de tal forma que, nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece indefectiblemente y se agota íntegramente al terminar el lapso establecido por la Ley.

En lo que respecta a las pretensiones que se esgrimen bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos de contenido general, el término para su ejercicio oportuno esta se encuentra reglado por el artículo 138 en su inciso segundo, que reza:

> "Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.
> (…)
>
> Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, **siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación**. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

Lo anterior en estrecha consonancia con la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se encuentra contenido en el artículo 164 del C.P.A.C.A., bajo el título de oportunidad para presentar la demanda, en los siguientes términos:

> "ARTICULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:
>
> …
>
> 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:
>
> d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse 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; …"

Así pues, dentro de las normas en cita, encontramos una regla general planteada para el medio de control en estudio, de una caducidad de cuatro (4)

[12] *En tanto que la figura procesal de la caducidad ha sido entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente".* Sentencia C-227 de 2009.

meses contados a partir del **día siguiente** al de la comunicación, notificación, ejecución o **publicación** del acto administrativo, para el caso en estudio, acto de contenido general.

2.2.3. La suspensión del término de caducidad de la acción por la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del ministerio público.

La caducidad se puede ver afectada por dos circunstancias, las cuales son la *suspensión* o la *interrupción,* teniendo estas, incidencia directa en lo que atañe al cómputo del término de la misma.

En lo que respecta al acaecimiento de la suspensión del término de caducidad, tenemos que el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009 *"Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001";* prescribe:

> "ARTÍCULO 3°. SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:
>
> a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o
> b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o
> c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.
>
> En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.
>
> …"

Como vemos, el artículo en cita reguló lo concerniente a la **suspensión** del término de caducidad, en los medios de control que sean susceptibles del adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público, disponiendo el mismo el momento a partir del cual se suspende y los tres eventos bajo los cuales el mentado cómputo se reanuda.

2.2.4. EL CASO CONCRETO

Vertiendo los considerandos al caso concreto, y en atención al material probatorio que obra dentro del proceso, para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, el auto venido en alzada habrá de confirmarse por las razones que se exponen.

Como se dejó expuesto en los considerandos que preceden, el acto administrativo pasible de control de judicial es la Circular No. 0014 del 18 de

noviembre de 2014, por la cual el Fiscal General de la Nación imparte instrucciones sobre el deber de dar aplicación a las deducciones salariales a que haya lugar por la no prestación efectiva del servicio.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el acto administrativo de carácter general contenido en la Circular 0014 fue expedido el 18 de noviembre de 2014, el término de caducidad comienza a correr a partir del día 19 de noviembre de 2014, venciendo el día 19 de marzo de 2015,

En este orden, la demanda fue presentada el día 07 de julio de 2015 (folio 51), claramente por fuera del término de los cuatro meses que señala el inciso 2 del artículo 138 del C.P.A.C.A., para el ejercicio oportuno de la pretensión, por lo que la ha operado el fenómeno de la caducidad en el presente proceso, habida consideración que no hay lugar a suspensión alguna ni interrupción del términos, pues la solicitud de conciliación extrajudicial solo vino a presentarse el día 20 de abril de 2015 (folio 9 y ss), esto es, aun por fuera del lapso en que se configuró la caducidad.

Así las cosas, se concluye que en el caso bajo revisión, los términos para la presentación de la demanda iniciaron el día 19 de noviembre de 2014, y fenecían el día 19 de marzo de 2015 y la demanda fue presentada solo hasta el 07 de julio de 2015, sin lugar a interrupción de términos, pues la solicitud de conciliación extrajudicial se llevó a cabo el día 20 de abril de 2015, lo que lleva a concluir que dicha presentación esta por fuera del término legal y por ende, operó en el presente caso el fenómeno de la caducidad.

En estudio de constitucionalidad, se ha dicho que, "*el legislador también puede establecer cargas procesales para ejercer los derechos y libertades reconocidos en la norma superior, como puede ser el caso del debido proceso y del acceso a la justicia, que implica así mismo el ejercicio de responsabilidades que se pueden consolidar en el ámbito procesal y sustancial. Es válido entonces que en los diversos trámites judiciales, la ley asigne a las partes, a terceros e incluso al juez, obligaciones jurídicas, deberes de conducta o cargas para el ejercicio de los derechos y del acceso a la administración de justicia, que sometidas a los límites constitucionales previamente enunciados, resultan plenamente legítima*"[13]*.*

Argumento que se ve reflejado en lo estatuido en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, cuando sobre el objeto y principios de la jurisdicción contenciosa administrativa, establece en su inciso final que "quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de

[13] Sentencia de la Corte Constitucional C-662 de 2004. M.P.(E) Rodrigo Uprimny Yepes. Igualmente, Sentencia de la Corte Constitucional C-095 de 2001. M.P. José Gregorio Hernández

colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código".

Lo discurrido tal como en líneas anteriores se expresó, muestra que se configuró la caducidad del medio de control, razones por las cuales, el auto de primera instancia, que declaró de oficio dicha excepción y dio por terminado el proceso en el curso de la audiencia inicial, será confirmado.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo manifestado, la SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE el auto apelado, esto es, aquél proferido por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, el 27 de septiembre de 2016, mediante el cual se declaró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción y se dio por terminado el proceso.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen para su cumplimiento, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI**.**

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº.179.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA