



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

MAGISTRADO PONENTE: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 70-001-33-33-006-2015-00158-01
DEMANDANTE: JOSÉ LUIS FLÓREZ LUNA
DEMANDADO: NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y OTROS

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha 15 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, que dispuso el rechazo de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1- LA DEMANDA¹.

El señor JOSÉ LUIS FLÓREZ LUNA, por intermedio de apoderado judicial, presento demanda en ejercicio de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación - Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, con el fin que se declare la nulidad del oficio SSDAG-38-260 de fecha de marzo de 2015, y cualquier otro acto administrativo general o particular que afecte la situación individual (Salarial y prestacional), mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de los sueldos y prestaciones sociales, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2014.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, indica el señor JOSÉ LUIS FLÓREZ LUNA, que viene prestando sus servicios personales subordinados en el empleo de Técnico Investigador II en la Fiscalía General de la Nación, aduce que entre los meses de noviembre y diciembre del año 2014, se presentó el denominado paro nacional en la Rama Judicial, por cual produjo un cese de actividades de todo orden.

¹ Folios 1-6 del cuaderno de primera instancia.

En consecuencia de lo anterior la Fiscalía, ordenó la retención o descuentos de los salarios y prestaciones sociales, causados en los meses mencionados con anterioridad, por lo cual el accionante solicitó el pago de sus derechos salariales y prestacionales fundamentales, a lo cual se le respondió negativamente, mediante el oficio No SSDAG-38-260 de fecha de marzo de 2015, aduciendo la existencia de instructivos internos.

1.2. ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA.

La demanda fue presentada el 13 de agosto de 2015. (Folio 1- 6)

Por auto del 12 de febrero de 2016 el Juzgado Sexto Administrativo inadmitió la demanda porque el oficio demandado no era susceptible de control judicial y pide adecuar petición de nulidad frente al acto administrativo demandado, ordenando aportar además la solicitud del actor que dio lugar al oficio No,. SSDAG 38-0260 del 6 de marzo de 2015 con el fin de establecer si se configuró un acto administrativo ficto (Folio 34-36)

En aras de dar cumplimiento a lo ordenado por el A quo, la parte actora, demandó el acto ficto nacido de la no respuesta por parte de la Fiscalía General de la Nación respecto de las razones jurídicas por las cuales no se cancelaron los salarios de noviembre y diciembre de 2014. Asimismo, el actor manifestó que la petición solicitada en el auto inadmisorio había sido aportada previamente en el libelo demandatorio (folio 39)

1.3.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA.²

El Juzgado sexto Administrativo de Sincelejo, mediante auto del 15 de abril de 2016, resolvió rechazar la demanda, porque la parte no la corrigió de acuerdo con lo que se indicó en el auto inadmisorio de la demanda. Para el efecto, manifestó:

"mediante auto escrito de fecha de 12 febrero de 2016, se inadmitió la demanda, entre otros motivos, dado que el oficio No. No SSDAG-38-260 de fecha marzo 6 de 2015, el cual no contiene un acto administrativo, ya que no decidió positiva o negativamente algo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de los derechos cuyo restablecimiento se pretende en la demanda, por tanto y con base en los artículos 170 y 83 de la ley 1437 de 2011, se le ordeno a la parte demandante que aportara la petición que presento ante la entidad demandada, que produjo como respuesta a la expedición del oficio demandado.

Como respuesta a lo anterior expresó:

² Folio 42 cuaderno de primera instancia.

En relación a aportar a la petición que dio origen a la no respuesta de fondo, cabe anotar que la misma fue aportada como medio probatorio en el libelo introducido de la demanda.

Por lo cual al revisar la demanda y sus anexos, el juzgado observa que no es cierto lo manifestado por la parte demandante, ya que a pesar de que relaciono la respectiva petición en el aparte V PRUEBAS, como medio probatorio aportado con la demanda, esa prueba que no fue aportada al presentar la demanda en la Oficina Judicial de Sincelejo. En efecto, según el formato que está en el primer folio del expediente y al cual no se le asignó número dado que no hace parte de la demanda, que se supone que debió ser elaborado por un abogado que suscribió la demanda, se anotó que se presentaron 28 folios, y en este expediente consta que son 28 más el DVD que está en el folio 29- que no contiene ningún archivo- lo que corresponde a la demanda y sus anexos.

Así las cosas, la parte demandante no corrigió ese defecto de la demanda, que no se puede entender subsanado con la actuación que desplegó para corregir el otro aspecto que el juzgado indico en el auto que la inadmitió, ya que la ley 1437 de 2011 en el artículo 166 numeral 1 en la segunda parte de su inciso 1, establece como requisito que se anexe a la demanda la prueba que demuestre el silencio administrativo cuando este se alegue”

1.4.- EL RECURSO INTERPUESTO.³

Inconforme con la anterior decisión, **la parte demandante interpuso recurso de apelación**, señalando que, al momento de subsanar la demanda, se manifestó de buena fe, que la petición que dio origen al oficio en cuestión, se aportó con la demanda como medio de prueba, en estos momentos la parte actora expone que se encuentra en la imposibilidad física y material de aportarla por cuanto en el archivo personal inexplicablemente tampoco aparece, por lo que pudo suceder, que al momento de sacar copias de los traslados en la copiadora se traspapeló y no se arrimó al expediente original, ni a los traslados correspondientes, de esta forma en virtud de la potestad del juez, se debió requerir de oficio a la entidad demandada, para que allegara el oficio SSDAG-38-0260 de fecha de 6 de marzo de 2015.

Para finalizar, solicitó que la decisión adoptada por el *A quo* sea revocada, y en su lugar ordenar la admisión de la demanda.

³ Folio 45 cuadernos de primera instancia.

1.5. CONCESIÓN DEL RECURSO⁴. El A quo en proveído del 5 de mayo de 2016, declaró procedente el recurso de apelación interpuesto contra auto que rechazó la demanda

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. COMPETENCIA. De conformidad con el artículo 153 de la ley 1437 de 2011 el Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación⁵, proferidos por los Jueces Administrativos en primera instancia⁶

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Vistos los antecedentes y revisado el expediente, la Sala deberá establecer, *si la demanda que en ejercicio del medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho presentó JOSÉ LUIS FLÓREZ LUNA contra la NACIÓN –RAMAJUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, debe ser rechazada o no.*

2.2.1. ANALISIS DE LA SALA.

Revisado el expediente se **confirmará** la decisión de primera instancia, que rechazó la demanda, pero bajo las razones que se pasan a esgrimir.

El control temprano del proceso y en especial de la demanda conforme las reglas procesales de la nueva ritualidad contenciosa administrativa, permite al Juez de lo Contencioso Administrativo adoptar las siguientes posturas: admitir⁷, inadmitir la demanda cuando no se cumplan los requisitos formales⁸, remitir la demanda cuando carezca de jurisdicción o competencia⁹ y rechazar la demanda de plano o por no ser corregida previa inadmisión¹⁰.

En el caso de marras, el A quo al revisar la demanda y en ejercicio del control temprano del proceso, dispuso su inadmisión, señalando al actor las falencias de su libelo a efectos de que fuera corregida la misma so pena de su rechazo, tal como lo dispone el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011.

⁴ Folio 49

⁵ Ver artículo 243 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011.

⁶ La presente providencia es adoptada por la Sala en virtud de lo dispuesto por el art. 125 del CPACA y el art. 243 numeral 1 pues la decisión que aquí se adopta pone fin al proceso.

⁷ Artículo 171

⁸ Artículo 170

⁹ Artículo 168

¹⁰ Artículos 169 y 170

La Sala advierte que la parte actora incumplió con la orden emitida por el Juez, razón que lo habilitaba conforme la norma citada ut supra a disponer el rechazo de la demanda, por no corregir la misma, no siendo suficiente al argumento expresado que la petición que dio lugar al acto ficto se le extravió y por tanto no podía aportarlo, pues ello, se constituye claramente en una carga proporcional y razonada que de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437¹¹ debe asumir, quien acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En tal orden, no era posible como pretendía el actor en su corrección de demanda, tener como acto demandable un acto ficto, puesto que la petición que dio lugar al mismo no fue acompañada como anexo obligatorio de la demanda, al tenor numeral 1 del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011.

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"*¹².

La Corte Constitucional ha señalado sobre los deberes y cargas procesales:

*"La jurisprudencia ha distinguido de manera clara entre deberes, obligaciones y cargas procesales, así: "Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez, otras a las partes y aun a los terceros, y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido; se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento. Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas. **En tanto las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en***

¹¹ "quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de 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".

¹² 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

interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso; las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables¹³

Cargas procesales que son impuestas por el legislador en ejercicio de su derecho a la libertad configurativa, a quien por la cláusula general de competencia le corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos y que *per se* no implican una limitante al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pues es plenamente razonable y admisible que la Ley asigne a las personas unas reglas para el ejercicio de sus derechos en el ámbito procesal.

Clausula General de competencia que deviene de lo establecido en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución Política y que permite al legislador, entre otros aspectos, "*(...) regular y definir entre los múltiples aspectos de su resorte legislativo, algunos de los siguientes elementos procesales: (i) el establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, -esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros -, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos.(ii) Las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos. (iii) La radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta. (iv) Los medios de prueba y (v) los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos*"¹⁴

En tal sentido, no estaría llamado a prosperar el recurso de apelación formulado por la parte actora, como quiera que no asumió la carga de presentar su demanda en forma, sin que ello, implique *per se* una vulneración al derecho de acceso a la administración de la justicia

No obstante y sin perjuicio de lo anterior, es menester precisar que, frente al tema de descuentos por el cese de actividades de la Fiscalía General de la Nación en el año 2014, y los descuentos salariales efectuados a sus empleados y funcionarios, el acto pasible de control judicial vendría a ser, el contenido en la circular No. 0014 de 2014,

¹³ Sentencia C -279 de 2013.

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-146 de 2015.

por ser este el acto administrativo el 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 2014¹⁵.

En lo que respecta a la circular 0014 del 28 de noviembre de 2014, el Tribunal Supremo 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^{16,17}"

En consecuencia, es claro que el acto administrativo contenido en la Circular 0014 del 18 de noviembre de 2014, el cual, dicho sea de paso fue acompañado por el actor en su demanda como consta a folio 11 del expediente, debió ser objeto de enjuiciamiento.

Ahora bien, 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

¹⁵ Ver Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

¹⁶ Consejero Ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE

¹⁷ Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-407 de 2015. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

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, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen 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 Administrativo¹⁸.

Se precisa que si bien, dicha circular es un acto general, el mismo es 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 de temporalidad de los cuatro meses siguientes la publicación del acto que se demanda contenida en el artículo 164 numeral 2, literal D, *ibídem*.

En ese orden, el acto general contenido en la circular 014 de 2014 fue expedido el 18 de noviembre de 2014, el término para el ejercicio oportuno del medio de control, inició el 19 de noviembre de 2014, venciendo el 19 de marzo de 2015. No obstante la parte actora radicó solicitud de conciliación el 2 de julio de 2015 (folio 28) cuando ya el término de caducidad se había configurado en exceso, y más aun para la fecha de presentación de la demanda que lo fue el 13 de agosto de 2015 (folio 6 y 30), razón por la cual, debió igualmente disponerse el rechazo de plano de la demanda, al tenor del numeral 1 del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011¹⁹.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Sucre, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR, el auto de fecha 15 de abril de 2016 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, que rechazó la demanda presentada en ejercicio del medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho por el señor **JOSÉ LUIS FLÓREZ LUNA** en contra de la **NACIÓN- RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO. Sin costas.

¹⁸ 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.

¹⁹ Se realiza el análisis como quiera que fue acompañado el mismo con la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y efectúense las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó conforme consta en Acta N. 130 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA