



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2018-00076-00
DEMANDANTE: ROBERTO HERAZO MESA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE
EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

ROBERTO HERAZO MESA, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad del “*acto administrativo N° 1.8-853-09-2017 de fecha 15 de septiembre de 2017*”, a través del cual, la entidad accionada le negó una solicitud de cambio de régimen de cesantías.

Pide además, que se declare que tiene derecho al Régimen de Cesantías de Retroactividad y no al de Anualidad, así como también, al pago anualizado de sus cesantías.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento, solicita, que se le reliquiden y paguen las cesantías que le fueron reconocidas en la Resolución N° 0339 del 1° de agosto de 2016 y que la liquidación y pago de las cesantías que en adelante solicite, se realicen de conformidad con el Régimen de Retroactividad que a su juicio tiene derecho.

Pues bien, una vez revisada la demanda para proveer sobre su admisión, se observa que la misma se encuentra afectada por la caducidad del medio de control, debiendo en consecuencia ser rechazada de plano, previas las consideraciones que se pasan a exponer.

CONSIDERACIONES

Dentro de las pretensiones que dan lugar a los medios de control en lo contencioso administrativo, se erige el de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual busca que se deje sin efectos una decisión que emana de la administración y a su vez, se repongan aquellos derechos que fueron afectados por el acto administrativo o bien, que se repare un daño ocasionado por el mismo.

No obstante, es menester aclarar que no toda decisión administrativa, cumple con las exigencias de ser un acto administrativo demandable, aclarándose, que solo aquellos *“que crean, modifican o extinguen tanto situaciones jurídicas generales como situaciones jurídicas particulares o concretas son actos administrativos pasibles de control de legalidad”*, no importando *“la forma del instrumento o mecanismo que use la Administración (resoluciones, oficios, circulares, instrucciones, etc.) para materializar las decisiones que toma”*¹.

En ese sentido, paralelamente a los actos administrativos que resuelven o ponen fin a un asunto determinado o actuación en ejercicio de funciones administrativas – **actos definitivos** –, se encuentran los actos que preparan, impulsan e instrumentan la decisión final o la ejecutan, es decir, los denominados **actos preparatorios, de trámite y de ejecución**, los que por su naturaleza jurídica carecen de control judicial, tal como lo ha decantado la doctrina y la jurisprudencia de un análisis armónico de los artículos 43, 74, 75 y 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que rezan:

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 1 noviembre de 2012. Expediente 17927. C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

“ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

“ARTÍCULO 74. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

(..)”

“ARTÍCULO 75. IMPROCEDENCIA. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”.

“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(..)

Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral”

Sobre el particular, la riqueza jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado, ha reiterado:

“Los actos de trámite son aquellos de mero impulso de la actuación, que no deciden nada sobre el asunto debatido, pero que instrumentan la decisión final o definitiva, la preparan; son los que permiten llegar al fin del procedimiento, disponiendo los elementos de juicio para que la entidad pueda adoptar la decisión que resuelve la actuación administrativa con voluntad decisoria, que es la que está sujeta a los recursos y acciones de impugnación.”²

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005), Rad. No. 14539, C. P.: Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Los actos de trámite, son disposiciones instrumentales que permiten desarrollar en detalle los objetivos de la administración; entonces la existencia de estos actos no se explica por sí sola, sino en la medida en que forman parte de una secuencia o serie de actividades unidas y coherentes con un espectro de más amplio alcance que forma una totalidad como acto. Por el contrario, los actos definitivos ponen fin de manera perentoria a la actuación administrativa, de modo que en ellos se agota la actividad de la administración, o tan sólo queda pendiente la ejecución de lo decidido.

Ahora bien, es cierto que los únicos actos susceptibles de la Acción Contenciosa Administrativa son los actos definitivos, es decir que se excluyen los de trámite, pues éstos se controlan jurisdiccionalmente como parte integrante del acto definitivo y conjuntamente con éste, es decir de aquel que cierra la actuación administrativa. No obstante, el que un acto sea definitivo, no depende siempre de hallarse situado en el final del trámite, pues puede ser que cierre un ciclo autónomo de la actuación administrativa claramente definido y que como tal pueda ser impugnado mediante la acción de nulidad³

En este orden de ideas, se concluye que únicamente las decisiones de la administración fruto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos de trámite, que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo tal, que los actos de trámite, preparatorios o de ejecución, distintos de los antes señalados, se encuentran excluidos de dicho control.

Ahora bien, con relación a los requisitos estatuidos por la Ley para que la relación jurídico – procesal nazca válidamente, se debe puntualizar, que al igual que otros medios de control, la demanda con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, debe presentarse dentro de un término perentorio, concedido por la ley para el titular de la acción, a fin de que no opere el fenómeno de la caducidad.

La caducidad es concebida como aquél fenómeno de carácter procesal,

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia del 8 de marzo de 2012. Radicación N° 11001-03-25-000-2010-00011-00(0068-10).

mediante la cual, se sanciona a la parte interesada por promover y ejercer el derecho de acción de manera tardía, trayendo como consecuencia, la imposibilidad de acceder a la administración de justicia, en otras palabras, *“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”*⁴.

En lo atinente a la teleología de este presupuesto procesal, la Honorable Corte Constitucional, ha expuesto:

*“La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.”*⁵

Así, el inciso 2º literal d) artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que la demanda deberá ser presentada, so pena de que opere la caducidad, en los siguientes términos:

*“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.”*

Sobre el particular, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha enfatizado:

⁴ 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 Lucía Ramírez de Páez.

⁵ Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

“Para que opere el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción, y una vez iniciado el término, con la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso, lo que ocurra de ahí en adelante no tiene la facultad para modificar el plazo perentorio señalado por la ley. En consecuencia, una vez ocurrida la caducidad, la actuación administrativa queda en firme y para el afectado ya no tiene incidencia alguna la declaratoria de nulidad de la normatividad en que se fundó”⁶

De otra parte, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009⁷, el término de caducidad para presentar las demandas en ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, se suspende cuando se eleve la solicitud de conciliación hasta que suceda el primero de los siguientes eventos:

- *Se logre el acuerdo conciliatorio o;*
- *Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001 o;*
- *Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero (...).”*
-

Las constancias a las que se refiere el mencionado artículo 2° de la Ley 640 de 2001⁸ se expiden cuando: a) se efectúe la audiencia de conciliación pero no se llegue a un acuerdo; b) las partes o una de ellas no asistan a la audiencia; y c) el asunto no sea conciliable.

Caso en concreto.

En el sub examine, se pretende la nulidad del “acto administrativo N° 1.8-853-09-2017 de fecha 15 de septiembre de 2017”⁹, a través del cual, la

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 14 de mayo de 2.009, C. P.: Dr. Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 14 de mayo de 2.009.

⁷ “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”.

⁸ “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.”

⁹ Visible a Fls. 33 – 34.

entidad accionada negó una petición presentada por el señor **ROBERTO HERAZO MESA**, por intermedio de apoderado judicial, el día 13 de septiembre de 2017¹⁰.

Se demanda, además, que se reliquide y pague a favor del actor, unas cesantías que le fueron reconocidas en la Resolución N° 0339 del 1° de agosto de 2016 y que la liquidación y pago de esta prestación que en adelante solicite, se realice de conformidad con el Régimen de Retroactividad que a su juicio tiene derecho.

Pues bien, examinada integralmente la demanda, junto con las piezas probatorias aportadas, la Sala considera que el acto susceptible de control judicial es el contenido en la Resolución N° 0339 de 1° de agosto de 2016¹¹, a través de la cual, se reconoció y ordenó el pago “de una cesantía parcial” a favor del accionante y no el Oficio N° 1.8-853-09-2017 de fecha 15 de septiembre de 2017.

En efecto, si el actor aduce que la liquidación que se efectuó en la Resolución N° 0339 de 1° de agosto de 2016, no estuvo ajustada a la legalidad, pues, a su juicio, debió aplicársele el régimen de liquidación retroactivo y no el anualizado, tal reproche debió exteriorizarlo, **en su oportunidad**, mediante el recurso de reposición que procedía contra dicho acto¹² o haber presentado la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por lo tanto, es claro para la Sala que la “SOLICITUD REVISIÓN RESOLUCIÓN N° 0339 DE 1° DE AGOSTO DE 2016 POR MEDIO DE LA CUAL LE FUE RECONOCIDA CESANTÍA PARCIAL A UN DOCENTE BAJO EL RÉGIMEN DE ANUALIDAD” que radicó el accionante el día 13 de septiembre de 2017, provocando el pronunciamiento contenido en el Oficio N° 1.8.853-09-2017 de septiembre de 2017, fue una petición que busco revivir términos para

¹⁰ Fls. 29 – 31.

¹¹ Fls. 25 – 27.

¹² Fl. 27.

iniciar "otra actuación administrativa", que ya había culminado con la expedición de la Resolución N° 0339 de 1° de agosto de 2016.

Es importante destacar, que tanto la petición radicada el 13 de septiembre de 2017, como la presente demanda, estuvieron estructuradas bajo dos pretensiones interconectadas entre sí y que emanaron, precisamente, de la presunta ilegalidad de la Resolución N° 0339 de 1° de agosto de 2016, el cambio de régimen y la reliquidación de las cesantías reconocidas en dicho acto, de ahí, que no se pueda segregar el proceso o bifurcar la actuación administrativa bajo las dos pretensiones, pues, amén de que el pronunciamiento fue uno solo, se invadiría la autonomía en el ejercicio del derecho de acción.

Bajo ese derrotero, resalta a la vista la ocurrencia de la caducidad, toda vez que el actor fue notificado de la referida resolución el día **11 de agosto de 2016**¹³ y la solicitud de conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad para la presentación de la respectiva demanda, se radicó el **6 de diciembre de 2017**¹⁴, es decir, ampliamente por fuera del término de los cuatro (4) meses previsto por el legislador.

Así las cosas, la Sala decidirá rechazar la presente demanda, tal como fue anunciado *ab initio* y en virtud del artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

"Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

- 1. Cuando hubiere operado la caducidad.**
- 2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.*
- 3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial."*

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre,

¹³ Fl. 28.

¹⁴ Fl. 39.

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO la demanda promovida por **ROBERTO HERAZO MESA**, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente. Devuélvase al interesado los anexos de la demanda.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0115/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ÁNDRES MEDINA PINEDA