



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL**

**AUDIENCIA INICIAL
ARTÍCULO 180 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. C-17**

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2017-00321-00
ACCIONANTE:	WILMER DE JESÚS CANCHILA CONTRERAS
ACCIONADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG - DEPARTAMENTO DE SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En las instalaciones de la Sala de Audiencia, situada en el tercer piso, del edificio Palacio de Justicia de Sincelejo, a los veintiún (21) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo el día y hora habilitada en auto del 10 de abril de este año, el señor Magistrado Ponente, Dr. **RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY** y el Dr. **ANDRÉS MEDINA PINEDA**, magistrado que integra también esta sala de decisión, se constituyen en audiencia pública, y la declaran abierta a fin de dar inicio a la **AUDIENCIA INICIAL** de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado Ponente instala la **AUDIENCIA INICIAL**.

1. ASISTENTES: Se deja constancia que a la presente audiencia asistieron las siguientes personas:

- **Apoderado judicial del accionante:** Dra. Mónica Margarita Gómez Riveros, identificada con C.C. N°. 1.102.812.452 y T. P. N°. 224.021 del C. S. de la J.

- **Apoderado judicial de la Nación – Min. Educación - FOMAG:** Dr. Adolfo José Monterroza Fontalvo, identificado con C.C N° 92.545.857 y T.P N° 175.694.

-. **Apoderado judicial del Departamento de Sucre:** Dr. Mario Enrique Ojeda Ospino, identificado con C.C N° 8.703.804 y T.P N° 70.085.

- **Agente del Ministerio Público:** Dr. Iván Darío Guerra Mieles.

Se le reconoce personería al Dr. Adolfo José Monterroza Fontalvo, como apoderado sustituto de la Nación – Min. Educación – FOMAG.

No se le reconoce personería al Dr. Mario Enrique Ojeda Ospino, por falta de anexos del poder.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO: Min: 4:55

Conforme a lo dispuesto en el numeral 5o del artículo 180 del CPACA, precisa el Magistrado Ponente que de la revisión del expediente, no se observa causal de nulidad o irregularidad que invalide lo actuado.

Se insta a las partes para que se manifiesten al respecto.

Sin observaciones de los sujetos procesales intervinientes.

3. EXCEPCIONES PREVIAS: Min: 5:55

Atendiendo que las pruebas solicitadas, para analizar la posible ocurrencia de la excepción previa de caducidad, fueron aportadas, procede el Despacho a decidir tal excepción.

Traslado de los documentos.

Parte demandante: Solicita que no se tenga en cuenta la resolución aportada.

Luego de sendas consideraciones, niega la petición. Procede a analizar la excepción aludida.

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:

“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:

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 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:

(...)

Quando 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

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

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.

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 nulidad.³

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, 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.

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).

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.

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:

“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 3º del Decreto 1716 de 2009, el término de caducidad para presentar las demandas en ejercicio de los

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

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”.

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 ficto, que a juicio del accionante se generó por el silencio de la administración frente a la petición de reconocimiento y pago de cesantías, bajo el régimen de liquidación retroactivo, que presentó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre.

Se demanda, además, que se reliquide y pague a su favor, las cesantías retroactivas.

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° 1150 de 10 de agosto de 2016⁹, a través de la cual, se reconoció y ordenó el pago "*de una cesantía parcial*" a favor del demandante, bajo un régimen en particular, esto es, el anualizado, lo cual,

⁸ "*Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.*"
⁹ Fls. 64 -65.

en punto de lo tratado constituye definitivamente, el acto administrativo que toma partido por un régimen de cesantías.

Adviértase, que en dicho acto, se relacionan las cesantías que le han sido consignadas al actor, en cada uno de los años de su vinculación laboral, lo que apunta a una posición clara de la administración frente al régimen de cesantías aplicable al accionante, es decir, el de liquidación anualizada.

Aunado a ello, no se puede perder de vista lo manifestado en la contestación, exactamente en la oposición que hace la administración Departamental de Sucre sobre el hecho quinto expuesto en la demanda, al señalar (en el aparte siguiente se contrapone la demanda a su respuesta):

“DEMANDA (Fl. 13 – reverso):

“(...) 5. Al estar mi representado en la situación contemplada en la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan que le son aplicables a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996, tiene todo el derecho a que se le reconozcan y paguen las Cesantías con Retroactividad.

(...)”

CONTESTACIÓN (Fl. 66):

“AL QUINTO: No es cierto este hecho, a partir del 29 de diciembre de 200 el demandante se posesionó a través del acta No. 13983 de la misma fecha y año tras año se le consignan sus prestaciones sociales y esto se demuestra con la Resolución No. 1150 de 10 de agosto de 2016, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le ha pagado cesantías parciales por valor de \$23.217.575 pesos y en la misma resolución se le cancela \$12.426.845 pesos, valor reconocido para hacer cancelado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad FIDUSIARIA, por concepto de cesantía parcial para compra de vivienda y hace un detalle de las cesantías consignadas desde el 1996 hasta el año 2015 año por año, arrojando un valor total de \$35.644.420 pesos”.

Luego entonces, no resulta lógico que se presente una demanda en la que se solicita el reconocimiento y pago de cesantías, debatiendo el régimen de retroactividad, pero al mismo tiempo, se está de acuerdo con una liquidación de cesantías que se hace conforme al régimen anualizado.

Planteadas así las cosas, se insiste, no cabe duda que tal resolución dio a conocer de manera definitiva el régimen de cesantías aplicable al actor, por ende, para lo buscado constituye el acto que debía demandarse.

Debe tenerse en cuenta, que si el actor aduce que la liquidación que se efectuó en la Resolución N° 1150 de 10 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 acto¹⁰ o haber presentado la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, contra dicho pronunciamiento de la administración, buscando precisamente el cambio de régimen mediante el cual se le liquidan las cesantías.

De ahí que tampoco sea de recibo señalar, que puede perseguirse el cambio de régimen de cesantías respecto del período que sigue a tal acto administrativo, pues, el tema ya había sido objeto de decisión y se concretó, en este caso, en la resolución en comento.

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 **7 de septiembre de 2016**¹¹ y la solicitud de conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad para la presentación de la respectiva demanda, se radicó el **17 de mayo de 2017**¹², es decir, ampliamente por fuera del término de los cuatro (4) meses previsto por el legislador.

Aunado a todo lo anterior, es menester reiterar que las cesantías no son prestaciones periódicas, sino que se causan por períodos determinados, lo que implica que el eventual pronunciamiento expreso de la administración, relacionado con su reconocimiento o no, sea susceptible del término de caducidad previsto por el legislador.

¹⁰ Fl. 92.

¹¹ Fl. 130.

¹² Fl. 12.

Así las cosas, la Sala decidirá declarar la excepción previa de caducidad y la consecuente terminación del proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la excepción previa de caducidad, respecto del medio de control ejercido por **WILMER DE JESÚS CANCHILA CONTRERAS** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE**. En consecuencia, **DAR POR TERMINADO EL PROCESO**.

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

Esta decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Interpone y sustenta **recurso de apelación**.

Traslado:

Apoderado Nación – Min. Educación - FOMAG:

Agente del Ministerio Público:

Por ser procedente, haberse presentado y sustentando oportunamente y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 180.6 y 244 del CPACA, SE CONCEDE en el efecto suspensivo el Recurso de Apelación referido; en consecuencia, remítase el expediente al Honorable Consejo de Estado, para que se surta la alzada.

Sin recursos.

En este estado de la audiencia se deja constancia que ha quedado grabado el audio y que hará parte de la presente acta. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada a las 10:48 am, y se firma por quienes en ella intervinieron:

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado
(Ausente por comisión de servicios)

MÓNICA MARGARITA GÓMEZ RIVEROS
Apoderado Parte Demandante

ADOLFO JOSÉ MONTERROZA FONTALVO
Apoderada FOMAG

MARIO ENRIQUE OJEDA OSPINO
Apoderado DEPARTAMENTO DE SUCRE

IVÁN DARÍO GUERRA MIELES
Procurador Delegado

ALBERTO JR MANOTAS ACUÑA
Auxiliar Judicial