



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-009-2018-00425-01
DEMANDANTE:	MARÍA EMILSE ESTÁN DE WILCHES
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto adiado 11 de febrero de 2019, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Sincelejo, mediante el cual, se rechazó la demanda.

I. ANTECEDENTES

MARÍA EMILSE ESTÁN DE WILCHES, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto originado por el silencio del DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, frente a la petición que hizo de reconocimiento y pago, del costo acumulado por ascenso en el escalafón docente, desde el 1º de enero hasta el mes de agosto de 2016, en la categoría 2AE.

Luego de las actuaciones de rigor, el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, a través de providencia del 11 de febrero de 2019, **rechazó la demanda, por considerar que había operado la caducidad**. Tal decisión, estuvo edificada bajo los siguientes argumentos:

“... encontramos que la petición anterior solo tiene la finalidad de revivir términos, pues es el acto administrativo que definió la situación jurídica de la actora en lo referente a los efectos fiscales de reconocimiento del ascenso en el escalafón docente fue la Resolución N° 4768 del 28 de septiembre de 2016, notificada a la demandante el día 07 de octubre de 2016 (Fol. 18), a través de la cual se dispuso el ascenso de la actora al grado 2 nivel A en el escalafón nacional docente.

(...)

Así las cosas, se concluye que el acto administrativo que se debía demandar era la resolución N° 4768 de 28 de septiembre de 2016 por ser el acto definitivo, el cual fue notificado como ya se expuso, el día 07 de octubre de 2016 (reverso folio 18), por lo que a la fecha de presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial (2 de octubre de 2018, fl.16) y consecuentemente, a la fecha de presentación de la demanda (10 de diciembre de 2018, fl.12), había transcurrido en demasía el término de los cuatro (4) meses, exigido por la norma para presentar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho, encontrándose en consecuencia caducado el medio de control”¹.

De cara a lo anterior, el accionante presentó **recurso de apelación**², argumentando que no corresponde a la realidad del proceso las razones esbozadas por el A quo, pues, “... es el reconocimiento del costo acumulado, qué es un concepto totalmente diferente, pues si bien es cierto los efectos fiscales de la resolución 1806 de 2017, están determinados desde la expedición de dicho acto administrativo, no es menos cierto que el costo acumulado es un concepto legal, donde se protegen los derechos de mi prohijado a que se le reconozcan los retroactivos de conformidad con los decretos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional, para un proceso de ascenso especial que se acordó para los docentes del 1278 de 2003, en los términos anteriormente expuestos, costo acumulado que se debe contabilizar de las diferencias causadas entre el 1° de enero de 2016, hasta la actualización de la nómina.”

¹ Fls. 37 - 38 del cuaderno de primera instancia.

² Fls. 41 - 46 del cuaderno de primera instancia.

La impugnación fue debidamente concedida mediante auto del 26 de febrero de 2019³.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

Este Tribunal, a través de esta Sala de Decisión Oral, es competente para resolver la impugnación, de conformidad con los artículos 125, 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Análisis de la Sala.

2.2.1. De los actos susceptibles de control judicial y su ejercicio oportuno ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Dentro de las pretensiones que dan lugar a los medios de control en lo contencioso administrativo, se encuentra 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*

³ Fl. 48 del cuaderno de primera instancia.

materializar las decisiones que toma”⁴.

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:*

(...)”

“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”

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 1º de noviembre de 2012. Expediente 17927. C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

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.”⁵

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 nulidad”⁶.

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.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 27 de enero de 2005. Rad. No. 14539, C. P.: Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Sentencia del 8 de marzo de 2012. C. P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación N° 11001-03-25-000-2010-00011-00(0068-10).

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”*⁷.

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.”*⁸

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:

⁷ 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.

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

*“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”⁹

De otra parte, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009¹⁰, 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 (...).”*

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 14 de mayo de 2009. C. P.: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁰ “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”.

Las constancias a las que se refiere el mencionado artículo 2º de la Ley 640 de 2001¹¹, 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.

2.2.2 Caso en concreto.

Establecido lo anterior, la Sala se inclina por **confirmar** la decisión recurrida, en razón a que la demanda se presentó extemporáneamente, tal como se pasa a explicar.

Revisado el material documental militante en el expediente, se evidenció que mediante **Resolución No. 4768 del 28 de septiembre de 2016**, la Secretaría de Educación Departamental de Sucre le reconoció a la señora MARÍA EMILSE ESTÁN DE WILCHES, el ascenso al grado 2 nivel A con especialización (2AE) en el Escalafón Nacional Docente y con efectos fiscales a partir del 10 de agosto de 2016. En el acto se lee¹²:

“Por el cual se asciende de grado a un docente del Sistema General de Participación

(...)

Que el 24 de septiembre el Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución 15711 de 2015, por el cual se establece el cronograma de actividades para el proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa de los educadores oficiales regidos por el Decreto Ley 1278 de 2002, que no han logrado ascenso de grado o reubicación de nivel salarial entre los años 2010 y 2014 y se fijan los criterios de aplicación.

Que el Ministerio de Educación Nacional, mediante Resolución No. 14909 del 21 de julio de 2016, modifica las resoluciones, entre ellas, la 15711, la cual establece el cronograma de actividades para el proceso de Evaluación de Carácter Diagnóstico Formativa – ECDF- y efectos fiscales a partir de la fecha de publicación de la lista de candidatos, siempre y cuando, el

¹¹ “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.”

¹² Folio 18.

aspirante cumpla los requisitos para su reubicación o ascenso, tal como lo dispone el Decreto 1757 del 1° de septiembre de 2015.

(...)

Que revisada la documentación existente en la hoja de vida del docente: ESTAN DE WILCHES MARÍA EMILSE, se verificó que superó la ECDF del años 2015 y cumplió con los demás requisitos exigidos para ascender del grado 1 Nivel A (1º) al Grado 2 Nivel A con Especialización (2AE).

En consecuencia este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Ascender al educador ESTAN DE WILCHES MARÍA EMILSE, ... al grado 2 Nivel A con Especialización (2AE).

ARTÍCULO SEGUNDO: Para los fines pertinentes envíese copia del presente acto administrativo a la Oficina de Nomina y a la hoja de vida del Docente.

ARTÍCULO TERCERO: La presente Resolución surte efectos fiscales a partir del 10 de agosto de 2016, de conformidad con la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición que podrá interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de notificación personal o a la desijación del aviso correspondiente.

(...)"

También se demostró, que el anterior acto administrativo fue notificado a la accionante el 7 de octubre de 2016, según consta a Fl. 18 reverso.

De las piezas documentales relacionadas, se concluye entonces, que la administración i) reconoció el ascenso de la accionante al grado 2 nivel A con especialización (2AE) y ii) determinó los efectos fiscales del ascenso a partir del 10 de agosto del 2016. Por consiguiente, si había algún tipo de inconformidad, como por ejemplo, la fecha en que debía empezar los efectos fiscales y consecuentemente, el reconocimiento del costo acumulado **dentro del periodo que se pretende modificar** (no desde el 10 de agosto de 2016, sino desde del 1º de enero de 2016), el reproche judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del

derecho, debió predicarse contra la **Resolución No. 4768 del 28 de septiembre de 2016**, sin necesidad de presentar una nueva petición o reclamación.

Ahora bien, la Sala no desconoce que respecto de la referida resolución, procedía el recurso de reposición, cuya presentación podía efectuarse a través del ejercicio del derecho de petición, tal como lo permite el artículo 13 del CPACA –sustituido por la Ley 1755 de 2015- y no se hizo.

Al respecto, los artículos 13 y 76 *ibídem* establecen:

“ARTÍCULO 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.

*Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e **interponer recursos.***

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado.

ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios
(Negrilla fuera de texto).

No obstante la anterior y contrario a lo afirmado en la demanda, la parte accionante no probó que haya presentado recurso alguno. En efecto, en la demanda se dice:

“Al observar la parte resolutive de la decisión adoptada, se reconocen a mi mandante, los efectos fiscales desde el día 10 de agosto de 2016, teniendo derecho a que se le reconozcan los efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016, conforme a lo establecido en la ley, razón por la cual se presentó ante la respectiva entidad los recursos de ley para que la decisión sea modificada.”

Situación que además fue desvirtuada por la administración según Oficio N° 700.11.03/SE del 21 de marzo de 2018, en el que se lee *“revisado el archivo correspondiente a su historia laboral, no se encontró el recurso de reposición o de apelación que debió interponer en caso de no estar de acuerdo en alguna parte del contenido de la Resolución No. 4768 del 28 de septiembre de 2016, por lo que dicho acto administrativo quedó en firme y debidamente ejecutoriado”*¹³.

Es importante precisar que el Oficio N° 700.11.03/SE del 21 de marzo de 2018, no creó, modificó o extinguió situación jurídica alguna, pues, a través de éste solo se le manifestó **expresamente** a la accionante que la Resolución No. 4768 del 28 de septiembre de 2016 (acto que ya conocía), había quedado en firme tiempo atrás, haciendo nugatoria la posibilidad de alguna modificación de los efectos fiscales del referido ascenso y el consecuente reconocimiento del costo acumulado (pretensión que solo puede entenderse, con la correspondiente alteración de los efectos fiscales ya establecidos en la Resolución No. 4768 del 28 de septiembre de 2016, acto que está revestido de legalidad).

¹³ Folio 20 del cuaderno de primera instancia.

Recuérdese que, según el tenor del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, los actos administrativos quedarán en firme:

“(…)

3. Desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

(…)”.

Es claro entonces, que el acto que aquí se demanda, fue fruto de una petición tendiente a revivir términos para enervar una nueva manifestación unilateral del Departamento de Sucre, frente a la situación particular de la señora MARÍA EMILSE ESTÁN DE WILCHEZ (ascenso en el Escalafón Nacional Docente y efectos fiscales), que ya había sido concluida a través de la **Resolución No. 4768 del 28 de septiembre de 2016.**

Bajo ese supuesto y atendiendo lo dispuesto en el Art. 164 del CPACA, se vislumbra plenamente la ocurrencia de la caducidad, toda vez que la accionante tuvo conocimiento de la precitada resolución desde octubre de 2016, por su parte la respectiva solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 2 de octubre de 2018¹⁴, es decir, ampliamente por fuera del término de los cuatro (4) meses previsto por el legislador.

En ese orden de ideas, se confirmará la providencia apelada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto adiado 11 de febrero de 2019, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que rechazó la demanda.

¹⁴ Folio 16, cuaderno de primera instancia.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, **REGRESE** el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Decisión aprobada en sesión de la fecha, según Acta No. 0115/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA