



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2018-00426-01
DEMANDANTE:	NADIN ALFREDO PATERNINA ARRIETA
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG"
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 4 de febrero de 2019, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Sincelejo, mediante el cual, se rechazó la demanda.

I. ANTECEDENTES

NADIN ALFREDO PATERNINA ARRIETA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto originado por el silencio de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, frente a la petición que hizo el 21 de noviembre de 2017, tendiente a que se reliquidarán sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios; así como también, la indemnización sancionatoria por el no pago oportuno de dicha prestación por la omisión de dicho factor salarial.

Luego de las actuaciones de rigor, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, a través de providencia del 4 de febrero de 2019,

rechazó la demanda, por considerar que había operado la caducidad. Tal decisión, estuvo edificada bajo los siguientes argumentos:

“... Así las cosas, como quiera que la Resolución 0138 del 6 de febrero de 2017 estaba sujeta al termino de caducidad establecido para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, debe decirse entonces que la petición posterior respecto de las mismas la cual fue presentada el 21 de noviembre de 2017, no tiene la facultad para modificar el plazo perentorio señalado por la Ley, puesto que se itera, se entiende como una solicitud de revocatoria directa.

Siendo ello, así, para la fecha de presentación de esta demanda (18 de diciembre de 2018) e inclusive para la radicación de la solicitud de conciliación prejudicial, se había agotado el término para el ejercicio oportuno del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y por tanto, operado la caducidad del mismo.”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, lo que “se debate en este proceso es la legalidad de la actuación de las accionadas en cuanto a la solicitud presentada el día 21 de noviembre de 2017 que según la interpretación errada del a-quo no trata de revivir términos, si no de exigir derechos que la autoridad competente aplicó tardíamente y modificó con posterioridad a la superación de los términos iniciales y es deber del operador judicial valorar las circunstancias en que se desarrolla la actuación administrativa”.

Recalcó, que fue mediante la Circular N° 20170171226481 del 4 de octubre de 2017, que la misma entidad reconoció el derecho objeto de reclamación.

La impugnación, fue debidamente concedida, mediante auto del 8 de marzo de 2019³.

¹ Fls. 29 del cuaderno de primera instancia.

² Fls. 32-43 del cuaderno de primera instancia.

³ Fl. 129 del cuaderno de primera instancia.

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 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,

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.

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”

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.

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

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).

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:

*“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”*

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.

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 (...)

Las constancias a las que se refiere el mencionado artículo 2° 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.

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 14 de mayo de 2.009. 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”.

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

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. 0138 del 6 de febrero de 2017**¹², la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, le reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a las que tenía derecho el señor NADIN ALFREDO PATERNINA ARRIETA.

El anterior acto, se expidió con ocasión de una **solicitud** que había radicado el señor NADIN ALFREDO PATERNINA ARRIETA, **el 11 de enero de 2017**, tendiente a que se le concedieran y cancelaran precisamente sus cesantías definitivas¹³.

Ahora bien, no obstante a que no obra en el expediente constancia de notificación de la mencionada resolución, sí existen elementos indicativos que dan certeza que la accionante conoció de dicho acto en la misma anualidad de su expedición, es decir, en el 2017, toda vez que el 24 de abril de 2017, le fue pagada la suma reconocida por concepto de las cesantías, según lo relatado en la misma demanda.

De las piezas documentales relacionadas, se concluye entonces, que la administración procedió a liquidar las cesantías que consideraba tener derecho la accionante, por todo el tiempo en la prestación del servicio; por consiguiente, si había algún tipo de inconformidad, como por ejemplo, el reajuste y la consecuente sanción moratoria por el no pago de las cesantías en algún periodo (por creación legal de la prima de servicio), el reproche judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y

¹² Folios 20 – 21, cuaderno de primera instancia.

¹³ Según lo relatado en la misma resolución.

restablecimiento del derecho, debió predicarse contra la **Resolución No. No. 0138 del 6 de febrero de 2017**, 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).

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 de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, frente a la situación particular del señor NADIN ALFREDO PATERNINA ARRIETA (liquidación definitiva de sus cesantías), que ya había sido concluida a través de la **Resolución No. 0138 del 6 de febrero de 2017.**

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 el 2017, por su parte la respectiva solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 13 de agosto de 2018¹⁴, es decir, ampliamente por fuera del término de los cuatro (4) meses previsto por el legislador.

Así mismo, si en gracia de discusión se tomará en cuenta la fecha en que se radicó la reclamación que originó el acto ficto, pues, en ésta se expuso el contenido de la **Resolución No. 0138 del 6 de febrero de 2017**, también habría de concluirse que operó la caducidad, en tanto, la solicitud fue presentada el 21 de noviembre de 2017 (notificación por conducta concluyente)¹⁵, teniéndose como plazo para presentar la demanda el 22 de marzo de 2018, lo que no ocurrió.

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,

¹⁴ Folio 22, cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Fls. 18 –19, cuaderno de primera instancia.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto adiado 4 de febrero de 2019, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que rechazó la demanda.

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. 0108/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA