

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

Riohacha, veintidós de agosto de dos mil trece.

REFERENCIA: RAD. : EXP. No. 44-001-33-33-002-2012-00023-01  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARTHA XIOMARA FONTALVO PABON  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE RIOHACHA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN –  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA –  
FOMAG.

**Competencia.** Conforme con lo dispuesto por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 153, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha 29 de mayo de 2013 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo en Oralidad del Circuito Judicial de Riohacha, mediante el cual se rechaza la demanda de la referencia.

**ANTECEDENTES**

**1.1 La demanda.**

La señora Martha Xiomara Fontalvo Pabón, acude en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en contra del Municipio de Riohacha – Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – FIDUPREVISORA –FOMAG con el fin de obtener la nulidad de la resolución

**Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Martha Xiomara Fontalvo Pabon Vs. Municipio de Riohacha- Secretaria de Educación

Municipal – Fiduprevisora.

44-001-33-33-002- 2012-00023-01

Auto Resuelve Apelación

Página 2 de 7

No 035 de 2012, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva por el fallecimiento de un docente.

**1.2 El auto apelado.**

En la audiencia oral celebrada el 29 de mayo de 2013, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Riohacha, en la etapa de saneamiento, rechazó la demanda de conformidad a lo establecido en el 169 – 3 del CPACA, por considerar que el acto administrativo demandado no es susceptible de control judicial, como quiera que no pone fin a una actuación administrativa, toda vez que se limita a determinar que se abstendrá de tomar cualquier decisión respecto del porcentaje correspondiente al 50% restante de la cesantías del causante, hasta tanto la jurisdicción ordinaria no dirima el conflicto presentado entre la demandante como esposa y otra mujer quien reclama igual derecho, alegando su condición de compañera permanente del difunto.

**1.2 El recurso de apelación.**

Afirma el apoderado en su recurso de apelación sustentado de manera oral en la audiencia inicial, que disiente de la decisión adoptada por el Juzgado, toda vez, que se encuentra en una situación atípica al cuidar los derechos de su representada, ya que presenta el presente medio de control, ya que no podía esperar una actuación que no es de su resorte, pues no es a su representada quien le toca demostrar su condición, lo que debían de hacer era cancelarle su 25% que le corresponde claramente a su patrocinada dejando el suspenso el otro 25% restante.

**CONSIDERACIONES**

El Tribunal revoca la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo en Oralidad de Riohacha el día 29 de mayo de 2013, con fundamento en las siguientes consideraciones.

### **3. El Caso bajo estudio.**

En el presente caso, la inconformidad del apelante radica en el hecho de que el *a quo*, decidió rechazar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrado en contra del Municipio de Riohacha – Secretaría de Educación Nacional - , por considerar que la resolución No 035 de 2012, no es susceptible de control judicial.

Como se señaló, el problema jurídico gira en torno a dilucidar si el acto administrativo demandado en lo que concierne a la demandante es un simple acto de trámite o si por el contrario es definitivo y por ende susceptible de control jurisdiccional. Es por ello, que se procederá a continuación a estudiar el contenido del mismo:

En efecto, la resolución 035 de 2012 acusada, expedida por el Secretario de Educación del Municipio de Riohacha, por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva por el fallecimiento de un docente, en su artículo segundo *in fine* preciso, en lo respecta a la demandante lo siguiente:

(....) **El 50% restante** 11.755.452.00 queda a cargo de la Entidad Fiduciaria y suspendido por el conflicto existente entre la Esposa la señora **MARTHA XIOMARA**, identificada con cédula de ciudadanía No 22. 439.890 de Barranquilla, y compañera permanente la Señora **MARIA INES MENDOZA MONTOYA**, identificada con la cedula de ciudadanía No 40.932.878. de Riohacha, la Secretaría se Abstiene de hacer la Inclusión de ellas en este Acto Administrativo, ya que no tenemos competencia para dirimir dicho conflicto, por ende esperamos que sea la Justicia Ordinaria la que se pronuncie al respecto y defina el porcentaje que le corresponde a cada una y así proceder hacer el respectivo Acto Administrativo.

**Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Martha Xiomara Fontalvo Pabon Vs. Municipio de Riohacha- Secretaria de Educación

Municipal – Fiduprevisora.

44-001-33-33-002- 2012-00023-01

Auto Resuelve Apelación

Página 4 de 7

Bajo este escenario, este Tribunal se circunscribirá a determinar si el acto administrativo enjuiciado en lo que respecta a la demandante, es un acto administrativo definitivo que pueda ser controvertible ante esta Jurisdicción.

El artículo 43 del CPACA prevé:

**Actos definitivos:** Son actos definitivos los que decidan directamente o indirectamente el fondo del asunto o haga imposible continuar la actuación.”

Siendo así, es claro señalar que son actos definitivos los que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y que los actos de trámite solo ponen fin a una actuación cuando por su contenido hagan imposible continuarla.

A juicio del Tribunal, en lo que respecta a la demandante, el acto acusado pone fin a la actuación relacionada con la definición de la entrega de las cesantías de su esposo fallecido, toda vez, que no puede continuar su actuación hasta que la compañera permanente no acredite tener igual derecho que la demandante, razón por la cual es que la jurisdicción contenciosa administrativa la competente para definir ese conflicto.

Distinto sería si el acto hubiese asignado algún porcentaje de la cesantía a la demandante, pues, al dejar en discusión “la totalidad del porcentaje” correspondiente a la pareja del docente fallecido, implícitamente niega los derechos de demandante en su condición de cónyuge.

La Ley fija la competencia de los distintos Jueces y Tribunales de la República para las diversas clases de negocios, atendiendo, entre otros, al factor funcional, objetivo, subjetivo y territorial, esto es, a su naturaleza, a las pretensiones, a la calidad de las partes y al lugar donde debe ventilarse el proceso.

En el caso *sub examine*, observamos que se trata de la entrega del auxilio de la cesantía del docente fallecido Ubaldo Hernández Flórez, el cual en vida ostentaba la calidad de ser servidor público, que reclama la demandante en su condición de esposa y madre de hija del difunto y, la cual en virtud del acto acusado se encuentra en suspenso por el conflicto derivado de la reclamación de la compañera permanente, de donde se infiere que se trata de la legalidad de acto administrativo relacionado con el auxilio de cesantía de un servidor, el cual le corresponde a esta jurisdicción ejercer el control de legalidad.

En otras oportunidades el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto del porcentaje le corresponde a cada grupo familiar cuando se trata de derechos laborales del fallecido, para lo cual ha indicado <sup>1</sup> :

La Jurisprudencia de Colombia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho. Bajo la línea jurisprudencial señalada por la Corte Constitucional en la sentencia T-1103 de 2000 y a la luz de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado. En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional. Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es establecer cuál de las dos

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. 20 de septiembre de 2007 C.P. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Radicación número: 76001-23-31-000-1999-01453-01(2410-04)Actor: MARIA LILIA ALVEAR CASTILLO Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION NACIONAL

**Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Martha Xiomara Fontalvo Pabon Vs. Municipio de Riohacha- Secretaria de Educación Municipal – Fiduprevisora.

44-001-33-33-002- 2012-00023-01

Auto Resuelve Apelación

Página 6 de 7

personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado. En el caso concreto, al valorar el material probatorio allegado a instancia de las partes, encuentra la Sala acreditados supuestos de hecho que legitiman el derecho tanto de la cónyuge como de la compañera del causante. Así, en criterio de la Sala, debe aceptarse que el causante compartió su vida con los dos grupos familiares en forma simultánea. Constituye un hecho cierto y probado, la voluntad de Jaime Aparicio Ocampo de mantener vínculos afectivos, de apoyo mutuo, solidario y de respaldo económico con su esposa MARÍA LILIA ALVEAR CASTILLO, y a la vez con la señora FANORY PIMENTEL CULMAN, a quienes los terceros consideraban por el trato como su respectiva compañera de hogar. Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro. No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera.

Bajo este contexto jurisprudencial, es claro que es de resorte el conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, conocer de la definición de dicho porcentaje, y el hecho de señalar que el acto administrativo acusado no es susceptible de control judicial se le está cercenando el derecho de acceso a la Administración de Justicia.

Por lo anterior, el Tribunal revoca la providencia recurrida y se remite para que el juez de conocimiento verifique el cumplimiento de los presupuestos de la acción y de la demanda, para determinar si la misma debe ser admitida, según su competencia.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira.

## **RESUELVE**

1. **REVOCA** la decisión adoptada en la providencia del día 29 de mayo de 2013, por medio del cual el Juzgado Segundo Administrativo en Oralidad del Circuito Judicial de Riohacha, rechaza la demanda de la referencia.
2. **Ejecutoriada** la presente providencia, remítase al Juzgado de origen previas las anotaciones del caso, para que continúe conociendo del mismo.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia que la presente providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión de Sala de la fecha.

  
**CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL**  
Vicepresidente

  
**CÉSAR AUGUSTO TORRES ORMAZA**  
Magistrado

  
**MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA**  
Presidente y Magistrada Ponente