



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
DESPACHO 01**

Santa Marta D.T.C.H., quince (15) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
MAGISTRADA PONENTE**

ASUNTO:	RECHAZA PRETENSIÓN, ADMITE DEMANDA Y ORDENA REQUERIMIENTO
Radicado:	47-001-2333-000- <u>2019-00137</u> -00
Demandante:	Ana María Bandera Noriega
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Proceso:	Nulidad y restablecimiento del Derecho
Instancia:	Primera

Encontrándose el expediente al Despacho para decidir sobre la admisión de la demanda, estima necesario la Sala su rechazo, teniendo en cuenta los antecedentes facticos y fundamentos normativos que a continuación se exponen.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora ANA MARIA BANDERA NORIEGA, actuando mediante apoderado judicial, promovió demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG-, con la finalidad de obtener la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado frente a la petición elevada el día 20 de noviembre de 2017 (ff. 23 - 25), por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste de las cesantías definitivas y la correspondiente sanción por mora solicitada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita a título de restablecimiento del derecho se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación de las cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios y de la sanción moratoria por el no pago oportuno de aquella prestación (ff. 1-18).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con base en los antecedentes expuestos procede la Sala a resolver sobre el asunto, así:

2.1.- Caducidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho frente al reconocimiento y pago del reajuste de las cesantías definitivas con inclusión de las prima de servicios como factor salarial

Dentro de los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra el referente a que no haya operado el fenómeno jurídico de la caducidad el cual se presenta cuando la demanda no se interpone dentro del término fijado por el legislador.

Es por ello, que el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, respecto del término de caducidad de esta pretensión prescribe:

“Artículo 138. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

Así mismo, el literal d) del numeral 2º del artículo 164 de ibídem, establece la oportunidad para demandar de la siguiente manera:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la Demanda. La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

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; (...).”

ASUNTO: RECHAZA PRETENSIÓN, ADMITE DEMANDA Y ORDENA REQUERIMIENTO

Radicación: No. 47-001-2333-000-2019-00137-00

Demandante: Ana María Bandera Noriega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho

Instancia: Primera

De lo previamente citado, es pertinente indicar que para instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el actor debe presentar la demanda dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expedición del acto administrativo, contados a partir del día siguiente al de su comunicación, notificación, ejecución o publicación.

El H. Consejo de Estado ha señalado que la caducidad debe ser entendida como:

*"La caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: "(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia"*¹.

(Resaltado de la Sala)

En este orden de ideas, la demandante solicita la "nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 20 de febrero de 2018, frente a la petición elevada el día 20 de noviembre de 2017", toda vez que por medio de este se negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas y la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas.

Sin embargo, de las pruebas obrantes en el expediente se deduce que mediante Resolución No. 0116 del 22 de enero de 2016 (ff. 27 - 29), expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena, la administración ordenó el respectivo reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a favor de la señora Ana María Bandera Noriega, decisión que fue notificada a la actora el día 26 de enero de 2016, renunciado al término de ejecutoria (fol. 29 reverso).

¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-41-000-2013-01801-01.

Advirtiendo esta Corporación, que la inconformidad de la actora radica en que no se le reconoció la prima de servicios como factor salarial para el reajuste de las cesantías definitivas, ante lo cual debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su notificación como lo establece el literal d) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que contra la Resolución No. 0116 del 22 de enero de 2016 solo procedía el recurso de reposición el cual no es obligatorio o de la providencia que lo hubiere resuelto en caso de que se hubiere interpuesto.

Es por ello, que mediante reclamación administrativa del 20 de noviembre de 2017 elevada ante la Nación – Ministerio de Educación – Fomag el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de las cesantías definitivas y la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas.

El H. Consejo de Estado frente al tema de las cesantías, ha manifestado que se trata de una prestación unitaria, que si bien se genera anualmente no implica que sea una prestación periódica. Sobre el particular indica expresamente:

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad (...). En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto (...).”

(Resaltado fuera del texto original)

De lo anterior, colige la Sala que la demandante solicita la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 20 de febrero de 2018, no obstante, una vez estudiada la demanda observa esta Corporación que lo pretendido por la actora es la reliquidación de sus cesantías definitivas reconocida mediante Resolución No. 0116 del 22 de enero de 2016.

Así mismo, el H. Consejo de Estado ha precisado sobre las cesantías definitivas que:

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del cuatro (04) de agosto de dos mil diez (2010) – Radicación numero: 25000232500020050515901

ASUNTO: RECHAZA PRETENSIÓN, ADMITE DEMANDA Y ORDENA REQUERIMIENTO

Radicación: No. 47-001-2333-000-2019-00137-00

Demandante: Ana María Bandera Noriega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho

Instancia: Primera

“En primer lugar, la Sala advierte que el auxilio de cesantía es una prestación social, no es una prestación periódica, como lo pretende la recurrente. Por consiguiente, la situación de la demandante no se regula por la segunda parte del inciso 2° del artículo 136 del C.C.A., según el cual “los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo...” sino que ella debe examinarse como lo hizo el a-quo, de conformidad con la parte inicial del mismo precepto, que consagra un término de 4 meses para que caduque la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De la atenta lectura que hace la Sala de los oficios en cuestión, se desprende que la administración negó la reliquidación porque de acuerdo con lo consagrado en los artículos 62 y 63 del C. C. A., contra la resolución 001238 de 1993 la parte actora no interpuso los recursos para agotar la vía gubernativa. Y ha reiterado la Sala en casos similares al sub-lite que, encontrándose en firme las diferentes resoluciones que no fueron recurridas ante la administración, al propósito perseguido por la actora, que no es sino el de la revocatoria de las determinaciones administrativas adoptadas de tiempo atrás, no puede reconocérsele fuerza para revivir el término legal que permita ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho³”.

(Subrayado de la Sala)

De lo transcrito, es preciso anotar que las cesantías son prestaciones unitarias que en el caso particular fueron reconocidas mediante Resolución No. 0116 del 22 de enero de 2016, facultando a la actora a acudir dentro de un término perentorio a hacer uso de los recursos que contra el mismo procedían y de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para solicitar la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho.

De la misma forma, el H. Consejo de Estado ha reiterado su posición al indicar que:

“(...) Es cierto que la prescripción de los derechos opera en el término de tres (3) años, lapso extintivo para hacerlos exigibles, por esta razón, para el sub-lite, se entiende que la Resolución Nro. 054 del 3 de abril de 1998 hizo exigibles los derechos causados tres (3) años antes del derecho de petición, es decir por el período comprendido del 28 de febrero de 1995 al 28 de febrero de 1995. No obstante, debe observarse que justamente a través de dicha Resolución, la administración hizo manifestación expresa respecto de los mentados derechos y en ese orden, operaba el término de caducidad de la acción respecto del citado acto expreso.

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A”. Consejero Ponente: Nicolaz Pajaro Peñaranda. Bogotá, D.C. Auto del doce (12) de julio de dos mil uno (2001). Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0628-01(3146-00).

En consecuencia, la prescripción del derecho hace alusión al lapso con el que cuenta el administrado para exigir de la administración un derecho, normalmente este es de tres (3) años a partir de su causación salvo los eventos de interrupción por petición expresa conforme al enunciado general del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, pero sucede que una vez la administración manifiesta su decisión a través de un acto administrativo, emite un pronunciamiento que define la situación particular y respecto de aquél debe operar el término de caducidad para acudir a la jurisdicción en procura de obtener su nulidad, dado que la posibilidad de instaurar una nueva petición sobre el mismo derecho no afecta el acto expreso que ya lo había definido, el cual se mantiene incólume⁴.

(Subrayado de la Sala)

De conformidad con lo precedido, se indica que el acto administrativo debió demandarse dentro del término de los cuatro (4) meses señalados por el ordenamiento jurídico, es decir, el 27 de mayo de 2016, no obstante tanto la solicitud de conciliación como la demanda fueron presentados fuera del término legal, esto es, el 31 de julio de 2018 (fol. 22) y el 28 de febrero de 2019 (fol. 18), respectivamente, por lo que operó el fenómeno jurídico de la caducidad frente a esta pretensión.

2.2.- De la admisión de la demanda frente a las demás pretensiones

Al observarse que las demás pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho fueron incoadas dentro del término dispuesto por la Ley 1437 de 2011, se admitirá la demanda presentada por el actor en contra del acto ficto negativo configurado el día 20 de febrero de 2018, frente a la petición realizada el día 20 de noviembre de 2017 y elevada ante la Nación – Ministerio de Educación – Fomag.

2.3.- Del requerimiento al apoderado judicial de la parte actora

Se requerirá al apoderado judicial de la parte actora para que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue las copias de la demanda y sus anexos⁵ para la notificación a las partes y al Ministerio Público que exige el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011, el cual debe interpretarse conjuntamente con el artículo 199 de la misma normatividad.

Por lo anterior, esta Corporación **RESUELVE:**

⁴ Consejo de Estado : Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Bogotá, D.C. Sentencia del dieciséis (16) de junio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 4159-2002.

⁵ En físico y no en digital

ASUNTO: RECHAZA PRETENSIÓN, ADMITE DEMANDA Y ORDENA REQUERIMIENTO

Radicación: No. 47-001-2333-000-2019-00137-00

Demandante: Ana María Bandera Noriega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho

Instancia: Primera

1. **Rechazar** la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de la reliquidación o reajuste de las cesantías definitivas de la señora ANA MARIA BANDERA NORIEGA por los motivos expuestos en esta providencia.
2. **Admitir** la demanda formulada bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora ANA MARIA BANDERA NORIEGA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG, respecto de las demás pretensiones de la demanda.
3. **Notificar** personalmente a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a través de su representante legal, señora **MARÍA VICTORIA ANGULO GONZÁLEZ** o quien haga sus veces al momento de la presente notificación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **enviar** por Secretaría copia virtual de la presente providencia y de la demanda.
4. **Notificar** personalmente al **Agente del Ministerio Público**, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **enviar** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
5. **Notificar** personalmente a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **enviar** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
6. **Notificar** por estado electrónico a la parte demandante, como lo indica el artículo 201 del C.P.A.C.A.
7. **Poner** a disposición de las entidades notificadas en la Secretaría de esta Corporación, copia de la demanda y sus anexos.
8. **Remitir** inmediatamente y a través del servicio postal autorizado a las entidades notificadas copia física de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio de la demanda. En cuanto al Ministerio Público se entregarán directamente en la secretaría de esta Corporación.

Frente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, no será necesario el envío del traslado físico por correo certificado, en razón a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1365 de 2013.

Para dar cumplimiento a esta orden judicial, **requerir** al apoderado de la parte actora para que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue copia física de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público.

9. En virtud del numeral 4º del artículo 171 del C.P.A.C.A, **estipular** la suma de **ochenta mil pesos (\$80.000,00)** que deberá depositar el demandante para gastos ordinarios del proceso dentro del término de **cinco (5) días** siguientes a la notificación de esta providencia. Si existiere remanente, a la finalización del proceso se devolverá al interesado.

Dicha suma deberá ser consignada en el número de cuenta 44210200101-2 del Banco Agrario, a nombre del Tribunal Administrativo del Magdalena Convenio 11278, indicando el número de radicación del proceso.

Se advierte a la parte demandante que de no acreditar el pago de la suma antes estipulada, se entenderá desistida la demanda en los términos del artículo 178 del C.P.A.C.A.

10. **Otorgar** el término de **treinta (30) días**, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que las partes demandadas, el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los sujetos que tengan interés directo en las resultas del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvenición.

11. **Requerir** a la parte demandada para que con la contestación de la demanda allegue al plenario, el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, so pena de que el funcionario encargado se constituya en falta disciplinaria gravísima sancionable, de conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A.

Igualmente, en virtud de los principios de colaboración con la administración de justicia, economía procesal y celeridad, alléguese con la contestación de la demanda copia virtual de la misma.

La secretaría al momento de efectuar la notificación correspondiente deberá indicar lo precedente a la entidad en el respectivo mensaje de datos.

ASUNTO: RECHAZA PRETENSIÓN, ADMITE DEMANDA Y ORDENA REQUERIMIENTO

Radicación: No. 47-001-2333-000-2019-00137-00

Demandante: Ana María Bandera Noriega

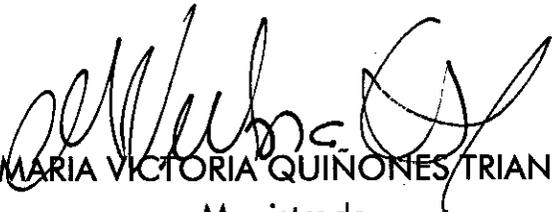
Demandado: Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

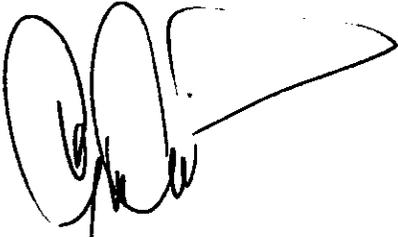
Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho

Instancia: Primera

12. **Requerir** a la parte demandada para que insten al Comité de Conciliación de la respectiva entidad a estudiar la viabilidad de conciliar en el presente proceso, previo a la fecha de celebración de la audiencia inicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 8º del artículo 180 del CPACA.
13. **Reconocer** personería a la Dra. MÓNICA MARÍA ESCOBAR OCAMPO como apoderada judicial de la señora ANA MARIA BANDERA NORIEGA en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIA VICTORIA QUINONES TRIANA
Magistrada


ADONAY FERRARI PADILLA
Magistrado


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada

LLG
(EG)

