



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Carlos Mario Peña Díaz
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO: No. 54-001-23-33-000-2018-00303-00
ACCIONANTE: KEVIN BELTRÁN ROBLES Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

En atención al informe secretarial que antecede y en el estudio de admisión de la demanda, encuentra el Despacho que lo pertinente será remitir la presente demanda por competencia al Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cúcuta para que provea lo pertinente, conforme a las siguientes,

I. CONSIDERACIONES

1.1.- Mediante escrito presentado a través de apoderado judicial, los señores Diosilda Robles Villa y Kevin Beltrán Robles, presentan demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, solicitando lo siguiente:

"1. Que la NACIÓN COLOMBIANA, (sic) Ejército Nacional. (Sic) Comando General de las Fuerzas Militares, Batallón de Artillería No. 30 de Cúcuta, Ministerio de Defensa Nacional, Se (sic) declare Administrativa y Patrimonialmente Responsable de todos los perjuicios Sufridos por los Demandantes: DIOSALDA ROBLES VILLA, quien es madre y representa al señor, (sic) KEVIN BELTRAN ROBLES quien estuvo privado de sus condiciones Laborales injustamente de su trabajo y su grupo familiar integrado, por su señora Madre y demás del grupo familiar, todos ellos constituyen la parte Demandante. A raíz de la injusta condición Privada Laboral. (sic) Del cual fue Objeto el señor, (sic) KEVIN BELTRAN ROBLES. (sic) Por un accidente que ocurrió en el mes de Agosto de 2016. (...)

(...) 4. Que como consecuencia de la declaración anterior la NACIÓN COLOMBIANA, Ejército Nacional. (sic) Comando General de las Fuerzas Militares, Batallón de Artillería No. 30 de Cúcuta, Ministerio de Defensa Nacional. (sic) Reconozca y pague a favor de los Demandantes o a quien represente legalmente sus derechos, los Daños y Perjuicios de Orden Moral y Material, Subjetivos y Objetivos, Actuales y Futuros o se regule en forma genérica de conformidad con el Procedimiento Estatuido en el Art. 308 del C.P.C. todos los perjuicios que se estiman en la respectiva Razón según lo (sic) siguiente Forma, así:

A. *PERJUICIOS MORALES: Solicito y pido que se le reconozcan y paguen por este concepto a cada uno de los citantes, la siguiente suma de dineros:*

1. *A KEVIN BELTRAN ROBLES, quien estuvo en las condiciones injustas de relación laboral privada de la libertad, física y de salud, Como mínimo, por el equivalente al momento del pago.*
2. *A KEVIN BELTRAN ROBLES, Familiares de quien estuvo en las mismas condiciones de injustas Causas como mínimo el equivalente de SMMLV al momento del pago.*

Otros. Familia. Cada uno (madre, padre y demás familiares) por SMMLV.

B. *PERJUICIOS MATERIALES, solicito y pido que se le reconozcan y paguen al señor, KEVIN BELTRAN ROBLES, en la siguiente suma de dineros:*

1. *En la modalidad, DAÑO EMERGENTE: lo equivalente a SMMLV por gastos varios dejados de obtener durante todo este tiempo (1 años (sic) y más).*

2. *En la modalidad de LUCRO CESANTE: lo equivalente a SMMLV por el hecho de estar en las condiciones Laborales privadas sin justificación en s estado de salud.*

C. *DAÑO A LA VIDA DE RELACION. Solicito y pido que se le reconozcan y paguen por este concepto a cada uno de los citantes la siguiente suma de:*

3. *A KEVIN BELTRAN ROBLES, por las causales expuestas como mínimo SMMLV al momento del pago. Otros SMMLV. Al momento del pago. Cada uno del núcleo familiar en las mismas respectivas por los Daños Causados en general.*

<i>Total</i>	<i>\$ 7.585.620.700,00</i>
<i>Honorarios profesionales</i>	<i>\$ 2.275.686.210.00</i>
<i>Total Neto a pagar</i>	<i>\$ 9.861.306.910.00</i>

4. *En cuanto a los Daños y Perjuicios según la Razón de Estimación del cual se le debe dar trámite en el que se justifica por la respectiva Relación hecha de los hechos y que se considere una Pensión Compensatoria mensual por Razón promedio de Vida."*

1.2.- La presente demanda fue radicada el 22 de octubre de 2018, correspondiéndole por reparto el conocimiento al Magistrado Carlos Mario Peña Díaz, quien dispuso mediante auto fechado 04 de febrero de 2019, oficiar al Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cúcuta, con el objeto de que remitiera en CD copia de la demanda y anexos allegados dentro del proceso 2018-00370 (Número de radicación en los Juzgados Administrativos), ante la necesidad de determinar si existía duplicidad de acciones, respecto de una demanda de reparación directa presentada por la misma causa en ésta Corporación.

1.3.- Cabe precisar sobre el particular, que el proceso de reparación directa con radicado 54-001-23-33-000-2018-00251-00 le correspondió por reparto al Magistrado Carlos Mario Peña Díaz, el cual dispuso su remisión por competencia a los Juzgados Administrativos, habiéndose efectuado el cambio de radicación por parte de la Oficina de Apoyo Judicial de Cúcuta, en el sentido de identificar el proceso ante los Juzgados Administrativos con el Rad. 54-001-33-33-008-2018-00370-00.

1.4.- Tal situación fue advertida, en virtud de la constancia consignada en el acta de reparto por parte de la Oficial Mayor del Tribunal, en la cual se señaló:

“Existe una idéntica demanda, con el rad. 2018-251, la cual conoció también el MAG. PEÑA, decidiendo enviar por competencia a apoyo judicial, para ser repartida entre los Juzgados Administrativos.

Nota: Se desconoce si el abogado realizó algún cambio en la cuantía.”

1.5.- En respuesta al requerimiento efectuado por el Magistrado conductor del proceso, el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cúcuta, remitió copia de la demanda y de los anexados allegados al proceso con Rad. No. 54-00133-33-008-2018-00370-00, demandante: Diosilda Robles Villa y Otros; demandado: Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional- Batallón de Cúcuta, en donde se encontró que las demandas versan sobre los mismos hechos, causa petendi y existe plena identidad de partes.

1.6.- Evidenció el Despacho, que el apoderado judicial de la parte demandante únicamente cambió el razonamiento de la cuantía y la tasación de los perjuicios solicitados en las pretensiones de la demanda, las cuales se transcriben a continuación al tenor literal:

“A.PERJUICIOS MORALES: Solicito y pido que se le reconozcan y paguen por este concepto a cada uno de los citantes, la siguiente suma de dineros:

- 1. A KEVIN BELTRAN ROBLES, quien estuvo en las condiciones injustas de su relación laboral privada de la libertad, física y de salud, Como mínimo, por el equivalente de 2000 SMMLV al momento del pago.*
- 2. A KEVIN BELTRAN ROBLES, Familiares de quien estuvo en las mismas condiciones de injustas Causas como mínimo el equivalente de 1000 SMLMV al momento del pago.*
- Otros. Familia. Cada uno (madre, padre y demás familiares) por 500 SMMLV.*

B. PERJUICIOS MATERIALES, solicito y pido que se le reconozcan y paguen al señor, KEVIN BELTRAN ROBLES, en la siguiente suma de dineros:

- 1. En la modalidad, DAÑO EMERGENTE: lo equivalente la suma de 1000 SMMLV por gastos varios dejados de obtener durante todo este tiempo (1 años (sic) y más).*
- 2. En la modalidad de LUCRO CESANTE: lo equivalente a 2000 SMMLV por el hecho de estar en las condiciones Laborales privadas sin justificación en su estado de salud.*

C.DAÑO A LA VIDA DE RELACION. Solicito y pido que se le reconozcan y paguen por este concepto a cada uno de los citantes la siguiente suma de:

- 3. A KEVIN BELTRAN ROBLES, por las causales expuestas como mínimo 500 SMMLV al momento del pago. Otros 500 SMMLV. Al momento del pago. Cada uno del núcleo familiar en las mismas respectivas por los Daños Causados.*

Total a pagar 7500 SMMLV Equivalente a pagar la suma de \$5.948.480.000,00

Honorarios profesionales \$1.784.534.000.00

Costas del proceso y demás gastos, Tratamientos, Otros SI
\$40.000.000,00

Total a pagar \$
7.773.014.000.00

4. En cuanto a los Daños y Perjuicios según la Razón de Estimación del cual se le debe dar trámite en el que se justifica por la respectiva Relación hecha de los hechos y que se considere una Pensión Compensatoria mensual por Razón promedio de Vida.”

1.7.- En el caso bajo examen, encuentra el Despacho, que la parte demandante, presentó dos demandas en uso del medio de control de reparación directa, las cuales cotejadas obedecen a los mismos hechos, sujetos y pretensiones, razón por la cual, el conocimiento del presente asunto debe ser asumido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cúcuta, a quien le correspondió por razón de la cuantía la demanda con Rad. 54-001-33-33-008-2018-00370-00, que versa sobre idénticos hechos, pretensiones y sujetos procesales a la demanda que se impetra en ésta oportunidad.

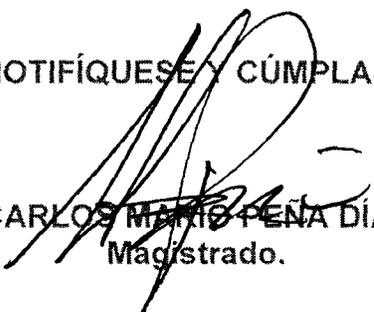
1.8.- En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la falta de competencia, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Previa las anotaciones a que haya lugar, **REMITIR** el expediente al **Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta** para que provea sobre lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019


Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2018-00432-01
DEMANDANTE:	JESÚS MARÍA GELVEZ MONTES
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **05 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 35), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor JESÚS MARÍA GELVEZ MONTES, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 00544 del 10 de febrero de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 48), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa el día 24 de octubre de 2017, en el cual se configuró el silencio administrativo negativo el día 25 de enero de 2018, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos 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 de la acción (...)* 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”***. (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente JESÚS MARÍA GELVEZ MONTES, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 21 de julio de 1982 hasta el 30 de septiembre de 2014, mediante **Resolución 00544 del 10 de febrero de 2016** (fls. 21-22) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 00544 del 10 de febrero de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibídem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

"De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014".

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad".³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

"Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión".⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 00544 del 10 de febrero de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la accionante por medio de derecho de petición de fecha 24 de octubre de 2017 (fls. 19-20), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. "La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa". Disponible en: <http://www.semcucuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **05 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado

ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CÓPIA REGISTRADA
Por anotación de la Sala de Decisión Oral 2 a las
18 JUN 2019
Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



98

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-006-2019-00014-01
DEMANDANTE:	ANA DOLORES MONSALVE DE LIZCANO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **4 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 35), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora ANA DOLORES MONSALVE DE LIZCANO, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 2226 del 15 de junio de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 49), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a termino de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"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 de la acción (...)* 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”².*** (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente ANA DOLORES MONSALVE DE LIZCANO, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 13 de marzo de 1974 hasta el 04 de abril de 2016, mediante **Resolución 2226 del 15 de junio de 2016** (fls. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 2226 del 15 de junio de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibídem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

*Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.*³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

*Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”.*⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 2226 del 15 de junio de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 26 de abril de 2018 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semccucuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **4 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER

COMISIÓN SECRETARIAL

Por anotación en SEMPRE, notícase a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019



Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-001-2019-00027-01
DEMANDANTE:	PETRA DEL CARMEN RUIZ VIVAS
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **29 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 32 a 33), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora **PETRA DEL CARMEN RUIZ VIVAS**, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-**, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 0929 del 14 de octubre de 2014**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 35 a 47), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a termino de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos 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 de la acción (...)* 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”².*** (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente PETRA DEL CARMEN RUIZ VIVAS, prestó sus servicios al Municipio San José de Cúcuta desde el 15 de octubre de 1973 hasta el 13 de julio de 2014, mediante **Resolución 0929 del 14 de octubre de 2014** (fl. 22-24) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 0929 del 14 de octubre de 2014**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibidem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

*Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.*³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

*Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”.*⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 0929 del 14 de octubre de 2014**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 22 de noviembre de 2017 (fs. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semccucuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

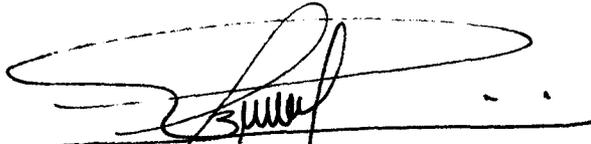
RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **29 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER**
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019


Secretario General



97

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-006-2019-00012-01
DEMANDANTE:	MARIELA DUARTE ESPARZA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **4 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 35), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora MARIELA DUARTE ESPARZA, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 5659 del 30 de diciembre de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 49), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a termino de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos 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 de la acción (...)* 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”***². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente MARIELA DUARTE ESPARZA, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 11 de enero de 1982 hasta el 12 de enero de 2016, mediante **Resolución 5659 del 30 de diciembre de 2016** (fls. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 5659 del 30 de diciembre de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibídem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

"De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014".

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad".³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

"Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión".⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 5659 del 30 de diciembre de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 2 de febrero de 2018 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. "La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa". Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

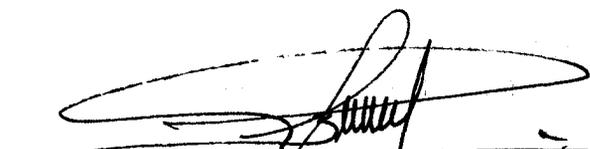
RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día 4 de marzo de 2019, por el **Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADOS, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019



Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-001-2019-00024-01
DEMANDANTE:	JAVIER ALFONSO MUÑOZ BENAVIDES
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **29 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 35 a 36), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor JAVIER ALFONSO MUÑOZ BENAVIDES, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 5516 del 28 de diciembre de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 49), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"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 de la acción (...)* 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”².*** (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente JAVIER ALFONSO MUÑOZ BENAVIDES, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 03 de abril de 1974 hasta el 26 de mayo de 2016, mediante **Resolución 5516 del 28 de diciembre de 2016** (fl. 23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 5516 del 28 de diciembre de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibídem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 5516 del 28 de diciembre de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 26 de abril de 2018 (fls. 21-22), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **29 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

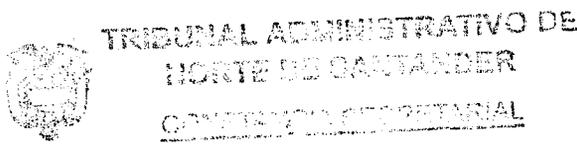
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado

ROBIEL AMÉD VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



Por anotación en EXPEDIENTE, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 16 JUN 2019

Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-007-2018-00432-01
DEMANDANTE:	ALVARO FERNANDO RODRIGUEZ HERNANDEZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **20 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado, el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor ALVARO FERNANDO RODRIGUEZ HERNANDEZ, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 0243 del 13 de marzo de 2017**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación, planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado 014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa el día 24 de octubre de 2017, en el cual se configuró el silencio administrativo negativo el día 25 de enero de 2018, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"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 de la acción (..) 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 concepto¹".*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”***². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente ALVARO FERNANDO RODRIGUEZ HERNANDEZ, prestó sus servicios en el Municipio de San José de Cúcuta desde el 26 de abril de 1973 hasta el 04 de julio de 2016, mediante **Resolución 0243 del 13 de marzo de 2017** (fls. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 0243 del 13 de marzo de 2017**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema

² Consejo de Estado, *Ibidem*.

jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

"De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014".

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad".³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

"Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión"⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 0243 del 13 de marzo de 2017**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la accionante por medio de derecho de petición de fecha 24 de octubre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. "La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa". Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

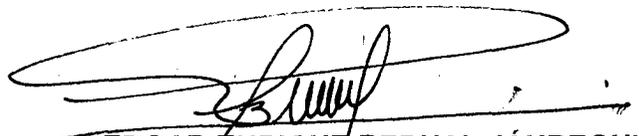
RESUELVE

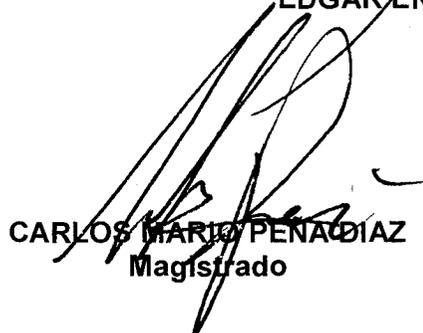
PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **20 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSEJO SECRETARIAL

Por anotación en el expediente, notifico a las partes la providencia anterior, a las 0:00 a.m. hoy 18 JUN 2019


Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



100

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-010-2019-00025-01
DEMANDANTE:	ZULLY DE JESÚS CARRASCAL GERARDINO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **08 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Décimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 36 a 37), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora ZULLY DE JESÚS CARRASCAL GERARDINO, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse la causal 3 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 0276 del 3 de junio de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica. Agrega además que dicha resolución corresponde a un acto que decidió la situación jurídica de la demandante, y que por ende, debía ser controvertido en sede administrativa y posteriormente demandando ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en los términos oportunos para ello, pero que en el caso en concreto, esto no sucedió.

Sostiene que el acto acusado no tiene vocación de ser un acto definitivo como lo establece el artículo 43 del CPACA, ya que éste corresponde es a una petición administrativa donde se discute el contenido del acto por el cual se reconoció y liquidó el derecho a las cesantías definitivas de la parte demandante, y se añade que elevar a la administración una nueva petición, lo que se pretende es revivir los términos procesales para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, situación que va en contra vía de la lealtad y buena fe procesal.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 39 a 50), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No. 18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado 014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un

derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"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 de la acción (..) 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 concepto¹".*

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: **“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”**². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente ZULLY DE JESÚS CARRASCAL GERARDINO, prestó sus servicios al Municipio San José de Cúcuta desde el 24 de abril de 1980 hasta el 11 de enero de 2016, mediante **Resolución 0276 del 3 de junio de 2016** (fl. 21-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 0276 del 3 de junio de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su

² Consejo de Estado, Ibidem.

causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

*Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.*³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

*Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”*⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 0276 del 3 de junio de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 14 de noviembre de 2017 (fls. 17-18), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: *“los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial”*⁵.

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semcucuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

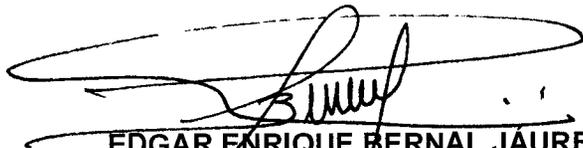
RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **08 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Décimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

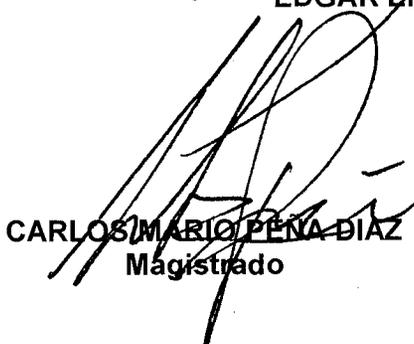
SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSEJO ASISTENCIAL

Per anotada en Expediente, recibida a las
ocho y treinta y tres (8:33) a las 0:00 a.m.
del día **18 JUN 2019**



Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-007-2019-00017-01
DEMANDANTE:	LUIS FRANCISCO SAYAGO GOMEZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **13 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 32 a 34), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor LUIS FRANCISCO SAYAGO GOMEZ, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 1061 del 16 de diciembre de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 49), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos 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 de la acción (...). 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: **“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”².** (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente LUIS FRANCISCO SAYAGO GOMEZ, prestó sus servicios al Municipio San José de Cúcuta desde el 27 de mayo de 1981 hasta el 29 de abril de 2016, mediante **Resolución 1061 del 16 de diciembre de 2016** (fls. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 1061 del 16 de diciembre de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibídem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fidupervisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

*Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.*³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

*Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”.*⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fidupervisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 1061 del 16 de diciembre de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 24 de octubre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fidupervisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **13 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

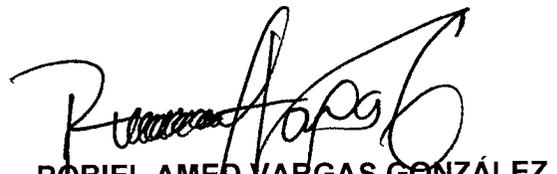
SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL
Por anotación en ESTADO, notifico a las
partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m
hoy 08 JUN 2019


Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2019-00026-01
DEMANDANTE:	CARMEN RUFINA VERA RODRIGUEZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 32 a 34), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora CARMEN RUFINA VERA RODRIGUEZ, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 2086 del 8 de junio de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 36 a 47), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No. 18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa el día 26 de abril de 2018, en el cual se configuró el silencio administrativo negativo el día 27 de julio de 2018, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“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 de la acción (..) 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”².*** (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente CARMEN RUFINA VERA RODRIGUEZ, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 24 de abril de 1979 hasta el 14 de enero de 2016, mediante **Resolución 2086 del 8 de junio de 2016** (fl. 22) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 2086 del 8 de junio de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibidem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

"De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014".

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad".³
De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

"Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión"⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 2086 del 8 de junio de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la accionante por medio de derecho de petición de fecha 26 de abril de 2018 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. "La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa". Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

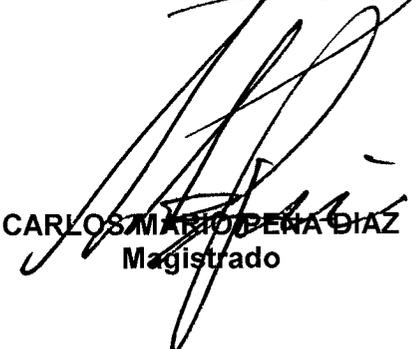
PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
COMTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las
partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m
hoy 18 JUN 2019


Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2019-00039-01
DEMANDANTE:	CRISTINA MONCADA SILVA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 35 a 37), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora CRISTINA MONCADA SILVA, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 4897 del 18 de noviembre de 2015**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 39 a 50), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa el día 22 de noviembre de 2017, en el cual se configuró el silencio administrativo negativo el día 23 de febrero de 2018, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos 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 de la acción (..) 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 concepto¹".

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: "**Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento**"². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente CRISTINA MONCADA SILVA, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 18 de abril de 1980 hasta el 12 de enero de 2015, razón por la cual, mediante **Resolución 4897 del 18 de noviembre de 2015** (fl. 22-24) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 4897 del 18 de noviembre de 2015**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

"Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibídem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

*Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.*³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

*Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”.*⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 4897 del 18 de noviembre de 2015**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la accionante por medio de derecho de petición de fecha 22 de noviembre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semcucuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER

CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019


Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-007-2019-00020-01
DEMANDANTE:	LIGIA TRINIDAD ORTIZ VIUDA DE VARGAS
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **13 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 31 a 33), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora LIGIA TRINIDAD ORTIZ VIUDA DE VARGAS, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la parte demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 0919 del 7 de diciembre de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 36 a 48), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos 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 de la acción (...)* 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*¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”***². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente LIGIA TRINIDAD ORTIZ VARGAS, prestó sus servicios al Municipio de San José de Cúcuta desde el 8 de febrero de 1971 hasta el 04 de julio de 2016, mediante **Resolución 0919 del 7 de diciembre de 2016** (fls. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 0919 del 7 de diciembre de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibidem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

*Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.*³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

*Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”.*⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 0919 del 7 de diciembre de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 22 de noviembre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

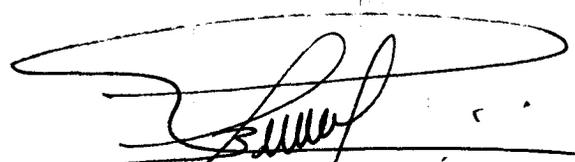
RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **13 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

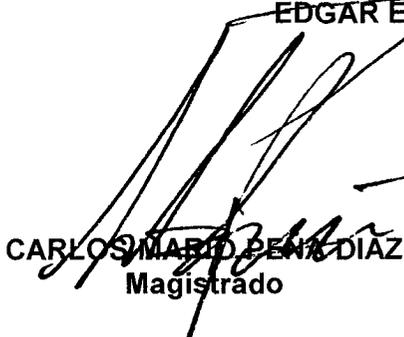
SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019


Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



55

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2018-00435-01
DEMANDANTE:	CARMEN CECILIA FLOREZ DUARTE
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 34 a 36), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora CARMEN CECILIA FLOREZ DUARTE, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 05487 del 21 de diciembre de 2015**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación, planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado 014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa el día 24 de octubre de 2017, en el cual se configuró el silencio administrativo negativo el día 25 de enero de 2018, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“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 de la acción (...) 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”*¹.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”***². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente CARMEN CECILIA FLOREZ DUARTE, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 15 de marzo de 1973 hasta el 20 de mayo de 2015, mediante **Resolución 05487 del 21 de diciembre de 2015** (fls. 21-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 05487 del 21 de diciembre de 2015**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema

² Consejo de Estado, Ibidem.

jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

"De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014".

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad".³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

"Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión"⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 05487 del 21 de diciembre de 2015**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la accionante por medio de derecho de petición de fecha 24 de octubre de 2017 (fls. 19-20), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: *"los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción*

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. "La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa". Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado

ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONCIENCIA SECRETARIAL

Por anotación en [] notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy 18 JUN 2019

Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-007-2019-00088-01
DEMANDANTE:	BEATRIZ DEL SOCORRO VILA CASADO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **20 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 32 a 34), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora BEATRIZ DEL SOCORRO VILA CASADO, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 0210 del 23 de febrero de 2017**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 36 a 48), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“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 de la acción (..) 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”².*** (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente BEATRIZ DEL SOCORRO VILA CASADO, prestó sus servicios al Municipio San José de Cúcuta desde el 08 de febrero de 1978 hasta el 10 de enero de 2016, mediante **Resolución 0210 del 23 de febrero de 2017** (fls. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 0210 del 23 de febrero de 2017**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibidem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

"De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014".

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad".³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

"Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión"⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 0210 del 23 de febrero de 2017**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 24 de octubre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. "La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa". Disponible en: <http://www.semucucuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día 20 de marzo de 2019, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

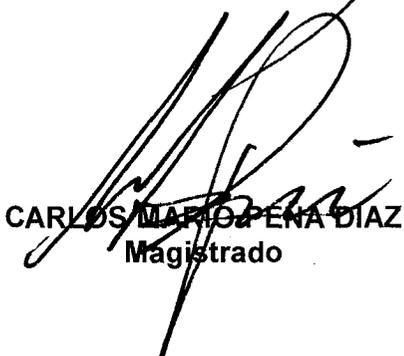
SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

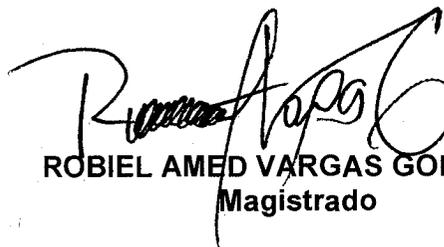
(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019



Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



99

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-007-2018-00436-01
DEMANDANTE:	MIGUEL ANGEL BOHORQUEZ ESPARZA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **20 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 35), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor MIGUEL ANGEL BOHORQUEZ ESPARZA, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 3187 del 29 de agosto de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 48), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa que a la postre configuró el silencio administrativo negativo, acto que no está sujeto a termino de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“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 de la acción (..)* 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”***. (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente MIGUEL ANGEL BOHORQUEZ ESPARZA, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 30 de marzo de 1977 hasta el 15 de abril de 2016, mediante **Resolución 3187 del 29 de agosto de 2016** (fls. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 3187 del 29 de agosto de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibídem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fidupervisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

*Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.*³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

*Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”.*⁴

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fidupervisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 3187 del 29 de agosto de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la parte accionante por medio de derecho de petición de fecha 10 de noviembre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó

³ Fidupervisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semccucuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

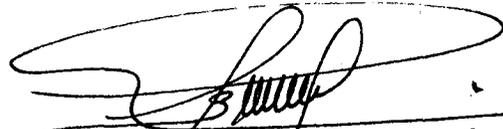
RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **20 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)

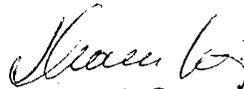

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
 Magistrado


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
 Magistrado


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
 Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
 NORTE DE SANTANDER
 CONSERVATORIA SECRETARIAL

Por anotación en SECRETO, notifico a las
 partes la providencia de hoy, a las 8:00 a.m.
 hoy 18 JUN 2019


 Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2019-00031-01
DEMANDANTE:	ANA DEL ROSARIO YAÑEZ PAEZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 35), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora ANA DEL ROSARIO YAÑEZ PAEZ, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 0026 del 01 de febrero de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 48), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado

014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa el día 22 de noviembre de 2017, en el cual se configuró el silencio administrativo negativo el día 23 de febrero de 2018, acto que no está sujeto a termino de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos 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 de la acción (...)* 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 concepto¹.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***“Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento”***². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente ANA DEL ROSARIO YAÑEZ PAEZ, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 20 de abril de 1972 hasta el 25 de agosto de 2015, razón por la cual, mediante **Resolución 0026 del 01 de febrero de 2016** (fl. 22-24) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 0026 del 01 de febrero de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

“Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media. A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado, Ibidem.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pago de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”.

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad”.³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

“Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión”⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 0026 del 01 de febrero de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la accionante por medio de derecho de petición de fecha 22 de noviembre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. “La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa”. Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

Consejo de Estado: "los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial"⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

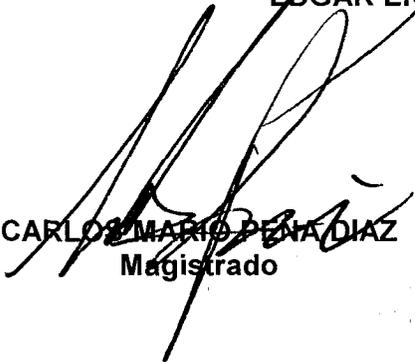
PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
 Magistrado


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
 Magistrado


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
 Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
 NORTE DE SANTANDER
 CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 18 JUN 2019


 Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2019-00037-01
DEMANDANTE:	NELLY MEDINA DE CONTRERAS
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 35), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora NELLY MEDINA DE CONTRERAS, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 00556 del 10 de febrero de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto, y sus respuestas ya sean expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tienen un carácter de periodicidad, por lo que puede permitirse nuevos pronunciamientos de la administración y también demandar en cualquier tiempo.

Con respecto a la operancia del fenómeno de caducidad, precisó que como el acto que es realmente susceptible de control judicial es la resolución a través de la cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, acorde a lo dispuesto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA, debía ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación, y es posible inferir que se incumplió con la oportunidad establecida en la ley para el efecto.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 37 a 48), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

Agrega, que aunque el decreto anteriormente señalado reconoce la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, señala que 95 entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A. por un tiempo no estaban reconociendo tal inclusión a los docentes del magisterio del territorio nacional, y no fue hasta la expedición de la circular No.18 con radicado 2017017526561 del 4 de mayo de 2017 y el Comunicado 014 de 4 de octubre del mismo año, que la Fiduprevisora emitió un concepto de viabilidad de incluir como factor de liquidación para las cesantías definitivas la prima de servicios.

De igual forma, argumenta que si bien el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas es un acto determinante, fue hasta octubre de 2017 que se ordenó a las Secretarías de Educación la reliquidación de la prestación de los docentes a quienes se les liquidó erróneamente las cesantías definitivas, por lo que se buscó por medio de un derecho de petición, que no fue contestado por la administración, la liquidación correcta de las mismas, sin buscar revivir los términos fenecidos del primer acto administrativo, sino pretendiendo la exigencia de los derechos que le pertenecen a su poderdante, que la autoridad competente aplicó tardíamente y que modificó su posición errada con posterioridad a la superación de los términos iniciales.

Por lo anterior, concluye que le asiste razón la parte demandante, ya que al iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el CPACA, que se basó en la presentación de la reclamación administrativa el día 26 de abril de 2018, en el cual se configuró el silencio administrativo negativo el día 27 de julio de 2018, acto que no está sujeto a término de caducidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia, procedencia, oportunidad y trámite del recurso.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 243, y artículos 125 y 153 del CPACA, resulta procedente el recurso de apelación impetrado y sustentado oportunamente por la parte demandante, en contra de la decisión de rechazar la demanda adoptada por el Juzgado de primera instancia, y la competencia para decidirlo de plano es de la Sala Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, puesto que hace parte de los autos que deben ser aprobados en consenso con los demás magistrados.

3.2. Marco jurídico.

Para comenzar a desatar el recurso, es pertinente realizar algunas precisiones sobre la naturaleza de las cesantías y la caducidad del acto administrativo que en este caso, reconoció la liquidación de las cesantías definitivas.

Respecto a las cesantías, jurisprudencialmente el Consejo de Estado para determinar el carácter unitario o periódico de las mismas, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido se ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen connotación de periódicas, **pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho, y por tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por la legislación.**

El medio de control pertinente para poder controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa la legalidad del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que según el artículo 164 del CPACA debe ser presentada dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de operar el fenómeno de caducidad.

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *“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 de la acción (..) 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 concepto¹”.*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente: 0230-08, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

Bajo esta postura, el Consejo de Estado en la sentencia precitada, argumentó que aún estando en firme un acto administrativo que reconozca un derecho al administrado, por ejemplo, el de las cesantías, **si posteriormente se configura un hecho nuevo que beneficia al mismo creando una expectativa legítima, esto lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.**

Lo dicho se estableció por la Alta Corporación de la siguiente forma: ***"Existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento"***². (Negrilla fuera del texto original).

3.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente NELLY MEDINA DE CONTRERAS, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 06 de septiembre de 1981 hasta el 22 de septiembre de 2015, mediante **Resolución 00556 del 10 de febrero de 2016** (fl. 22-23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 00556 del 10 de febrero de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Sin embargo, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 14, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

"Mediante circular No. 18 con radicado interno 20170175265601 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

Buscando la disminución de demandas por este concepto, se está incluyendo de manera administrativa lo mencionado en la circular de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El decreto 1445 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

A pesar de la existencia del mencionado Decreto, el factor salarial prima de servicios no se incluía en la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los docentes de régimen de retroactividad.

Con el ánimo de unificar criterios y de incluir en las liquidaciones de las prestaciones económicas los factores salariales de creación legal a los cuales tiene derecho los docentes, se iniciaron mesas de trabajo con diferentes Secretarías de Educación, la Vicepresidencia jurídica de Fiduprevisora y el Ministerio de educación, por lo que se logró establecer que el mencionado radicado 20170175265601 emitió concepto jurídico en el cual se dio solución al problema

² Consejo de Estado, Ibídem.

jurídico: ¿es viable aplicar como factor salarial la prima de servicios para la liquidación de pensiones y cesantías de los docentes?

"De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer pafo de la prima de servicios que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014".

Así las cosas se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación en el sentido de incluir la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de régimen de retroactividad".³

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de un comunicado emitido el 23 de octubre de 2017, se señaló lo siguiente:

"Que según Comunicado No. 014 del 04/10/2017 emitido por FIDUPREVISORA la inclusión de la prima de servicios se está incluyendo de manera administrativa siendo reconocida sin que medio demanda alguna.

Por lo tanto, los docentes con régimen de cesantías de RETROACTIVIDAD retirados a partir del 01 de Julio de 2014 hasta el 03 de Mayo de 2017 y que no les fue incluida la prima de servicios en la Cesantías Definitiva deben tramitar el ajuste de la prestación para su inclusión"⁴.

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 00556 del 10 de febrero de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, la accionante por medio de derecho de petición de fecha 24 de octubre de 2017 (fls. 20-21), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo demandatorio, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto, es en cualquier tiempo, es claro que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante aún tiene a su favor los términos de prescripción de los derechos laborales, pues la reclamación ante la administración renovó el término de 3 años preestablecido en la norma laboral con que cuente el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: *"los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción*

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en: <http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

⁴ Alcaldía San José de Cúcuta, Secretaría de Educación Municipal. "La oficina del fondo prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informa". Disponible en: <http://www.semcuta.gov.co/la-oficina-del-fondo-prestacional-de-la-secretaria-de-educacion-municipal-informa/>

y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Oral 2 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **5 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 13 de junio de 2019)

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado

ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

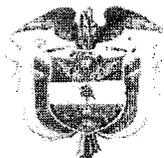


**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTITUCIÓN SECRETARIAL**

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy 10 JUN 2019

Secretario General

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
 San José de Cúcuta, seis (06) de Junio de dos mil diecinueve (2019)
 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Mario Peña Díaz

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-008-2019-00051-01
DEMANDANTE:	Carlos Javier Bernal Rivera- y otros.
DEMANDADO:	Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Visto el informe secretarial que antecede, procede la Sala a decidir el impedimento planteado por la doctora MAGDA YOLIMA PRADA GOMEZ en su condición de **Juez Octava Administrativo del Circuito de Cúcuta**, quien estima además, que el impedimento comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor Carlos Javier Bernal Rivera y otros a través de apoderada judicial, interponen demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, a efectos de que se declare la nulidad de unos acto administrativo y como consecuencia de ello se ordene a la demandada, reconozca, reliquide y pague a la parte demandante la parte salarial no reconocida con la inclusión de la prima especial de servicios del 30% con carácter salarial, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, ordenando entonces el reconocimiento, reliquidación y cancelaciones de todas y cada uno de las prestaciones sociales, bonificaciones y aportes a seguridad social en salud y pensión, teniendo como base y adicionando el 30% de la prima especial como factor salarial.

2. MANIFESTACIÓN DEL IMPEDIMENTO

La doctora MAGDA YOLIMA PRADA GOMEZ, en su condición de Juez Octava Administrativo del Circuito de Cúcuta, manifiesta que se encuentra impedido para conocer del presente asunto, al advertir que está incurso en la causal establecida en el artículo 141 numeral 1 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011 (ver folio 148).

Fundamenta su impedimento, en que se encuentra en circunstancias fácticas y jurídicas semejantes a la de la parte demandante, específicamente en relación el tema de inclusión de la bonificación de actividad judicial como factor salarial.

3. CONSIDERACIONES

En el presente caso, la **Juez Octava Administrativo del Circuito de Cúcuta** manifiesta, que ella y los demás Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, se encuentran incursos en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, que establece: **“1. Tener el Juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus**

parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso."

Analizada la causal esgrimida junto con los argumentos del impedimento manifestado, esta Sala de decisión lo considera fundado, toda vez, que como bien se afirma por la titular del Juzgado **Octavo Administrativo del Circuito de Cúcuta**, tanto ella como los demás Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, por su desempeño como funcionarios judiciales tendrían igualmente derecho al reconocimiento y pago de la diferencia salarial deprecada, pudiendo eventualmente verse cobijados con el resultado del litigio planteado.

En razón de lo anterior, se declarará fundado el impedimento manifestado por los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, declarándolos separados del conocimiento del presente asunto.

Además de lo anterior, en aplicación a lo previsto en el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, se ordenará la remisión del expediente al Presidente de este Tribunal, a efectos de que se fije fecha y hora para efectuar el sorteo de un Conjuez que asuma el conocimiento del presente asunto.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Oral N° 002 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADO el impedimento manifestado por los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta. Por tal motivo, se les declara separados del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: En consecuencia, posterior a la ejecutoria del presente proveído, **REMÍTASE** el expediente al Presidente de este Tribunal, **a efectos de que señale fecha y hora para efectuar el sorteo de un conjuez**, y una vez se lleve a cabo el sorteo, por Secretaría, **DEVOLVER** la actuación al **Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cúcuta**, a efecto de dar posesión al Juez Ad-hoc que resulte elegido y para que asuma sus funciones de conocimiento del asunto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 3 del 06 de junio de 2019)

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-

ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado.-

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado.-

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSEJERÍA GENERAL

Por anotación en FECHA, recibida a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy 18 JUN 2019

Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

RADICADO:	54-001-23-33-000-2016-00383-00
ACCIONANTE:	BLANCA IRMA PABÓN JAUREGUI
DEMANDADO:	COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Corresponde pronunciarse acerca de la solicitud de adición elevada por el apoderado de la parte demandante frente a la sentencia dictada por esta Corporación, en audiencia inicial adelantada el día 24 de abril de 2019.

1. ANTECEDENTES

La Sala de Decisión 002 de la Corporación profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia (Acta en fls. 161 a 165 y DVD de la audiencia en fl. 174), adoptando en su parte resolutive las siguientes determinaciones:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia del derecho reclamado, propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere.

CUARTO: Una vez ejecutoriado el presente proveído, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.”.

Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante, solicitó su adición (fls. 175 a 177), aduciendo que, acorde a lo establecido en el artículo 280 y siguientes del CGP, no fue resuelta la pretensión subsidiaria en la que se solicitó reliquidación de la pensión en la forma más favorable a la demandante, ordenando a la demandada tomar el IBL, porcentaje, tiempo público, semanas y aplicar el porcentaje correcto, con base en la Ley 71 de 1988, tomando el 75% de todos los factores salariales en el último año de servicios, en atención al régimen que considera le es aplicable a la demandante.

2. CONSIDERACIONES

2.1. De la posibilidad de adicionar sentencias.

Inicialmente, resulta importante señalar que el artículo 287 del CGP, aplicable al caso por virtud del artículo 306 del CPACA, sobre la adición de providencias dispone lo siguiente:

“Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía

de primera instancia, notificada personalmente al buzón de correo electrónico el 24 de abril de 2019 (fl. 173).

Inicialmente, es de señalar que el aspecto solicitado sea adicionado en el memorial presentado por la parte demandante, concierne a que se decida sobre la pretensión subsidiaria formulada en la demanda. Dicha pretensión, conforme se advierte en el folio 5 del expediente, consistía en lo siguiente:

“Primero. De forma subsidiaria y a título de restablecimiento del derecho solicito se ordene a la demandada liquida la pensión con la norma y forma que le favorece, tomando de forma correcta las semanas, el IBC, el porcentaje e IBL con el tiempo público bajo la forma de liquidación y la fecha de efectividad que beneficie, en consideración a la clase de prestación que se reclama.

Segundo. En lo demás, aplicar las pretensiones principales.”

Ahora, vale recordar que en la parte motiva de la sentencia, la Sala llegó a la conclusión de que *“el monto de la pensión reconocida a la señora **BLANCA IRMA PABÓN JAUREGUI**, beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encuentra actualmente calculada de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, y teniendo en cuenta los factores según lo estipulado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, esto es, los devengados durante el último año de servicios y que hayan servido de base para calcular los aportes y aquellos sobre los cuales se demostró se realizaron aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, lo cual resulta más beneficioso inclusive que los parámetros dictados en la sentencia de unificación actual y vigente proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.*

Así mismo, luego de analizar el marco jurídico y jurisprudencial, los hechos probados relevantes para la adopción de la decisión y examinar el caso en concreto, la Sala procedió a declarar probadas las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y carencia del derecho reclamado propuestas por COLPENSIONES, y en consecuencia **negar las pretensiones de la demanda.**

Así las cosas, se advierte que, en efecto, y contrario a lo señalado por la parte demandante, en la parte resolutive de la sentencia que decidió la instancia la Sala se pronunció frente a las pretensiones de la demanda, desestimándolas en su totalidad, motivo por el cual no existe aspecto pendiente de resolver.

De igual manera, es claro que el haberse reafirmado en la sentencia la presunción de legalidad de los actos demandados, implicó de contera la no prosperidad del restablecimiento del derecho deprecado tanto de manera principal como de forma subsidiaria, inclusive.

Por lo anterior, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de **adición** de la sentencia de fecha 24 de abril de 2019, elevada por el apoderado de la parte demandante, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

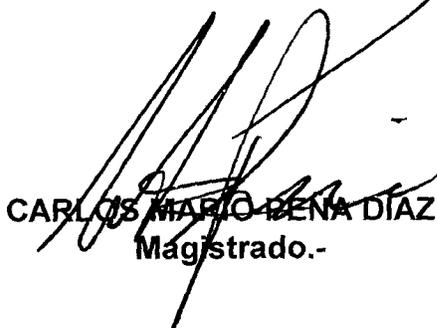
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, procédase, ingresar inmediatamente el expediente al Despacho para proveer sobre el recurso de apelación contra la sentencia presentado por la parte demandante.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión N° 2 del 13 de junio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado. -



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado.-



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER**

CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy 10 JUN 2019



Secretario General