

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Sustanciador: **EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**

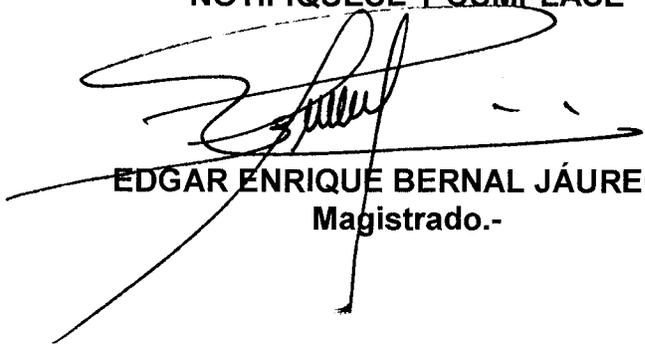
RADICADO:	54-001-23-33-000-2019-00145-00
ACCIONANTE:	YULIET CAROLINA BERNAL SALAS
DEMANDADO:	INSTITUTO SUPERIOR DE EDUCACIÓN RURAL -ISER- DE PAMPLONA
VINCULADOS:	MARIO AUGUSTO CONTRERAS MEDINA - LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO
MEDIO DE CONTROL:	ELECTORAL

Visto el informe secretarial que antecede, procederá el Despacho a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de dicho cuerpo normativo, razón por la cual se dispone:

- FIJAR** como fecha y hora para llevar a cabo **AUDIENCIA INICIAL** dentro del proceso de la referencia el día **14 de agosto de 2019, a partir de las 03:00 P.M.**, siendo de carácter **obligatorio** la asistencia a la misma de los apoderados que ejercen representación en esta controversia.

Se advierte que en el entendido que esta providencia se notifica por estados electrónicos (conforme lo indica el numeral 1 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011) y se comunica a los correos electrónicos suministrados por las partes y demás intervinientes, no se libranan boletas de citación a los sujetos procesales intervinientes, sin que ello se constituya como una excusa para la inasistencia a tal audiencia.

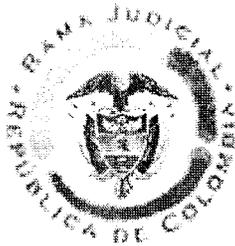
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL
Por anotación en ESTADO, pedidos a las partes la providencia superior, a las 8:00 a.m. hoy 17 JUL 2019
Secretaría General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, doce (12) de julio del dos mil diecinueve (2019)

Expediente Rad.:	54-001-23-33-000-2018-00309-00
Demandante:	YAMIRA GUERRERO RINCÓN Y OTROS
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE - AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - CONCESIONARIA SAN SIMÓN - ÁREA METROPOLITANA DE CÚCUTA.
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

En atención al informe secretarial que antecede y por haber reunido los requisitos formales previstos en la ley, este Despacho procede al estudio de admisión de la presente demanda, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa consagrado en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 "*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*":

En consecuencia se dispone:

1. **ADMITIR** la presente demanda ejercida bajo el medio de control de **Reparación Directa**, previsto en el artículo 140 del C.P.A.C.A.
2. Téngase como parte demandada en el proceso de la referencia a la NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE - AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - CONCESIONARIA SAN SIMÓN - ÁREA METROPOLITANA DE CÚCUTA y como parte demandante a los siguientes: LUZ MERY CASTELLANOS CARRILLO en nombre propio y en representación del menor ANDRÉS FELIPE LUNA CASTELLANOS, YAMIRA GUERRERO RINCÓN solo en representación de la menor DEISY JULIETH LUNA GUERRERO.
3. Notifíquese por estado la presente providencia a la parte demandante y a través de mensaje dirigido al buzón de correo electrónico a la apoderada de la parte actora obrante en la demanda de acuerdo con lo establecido en el artículo 201 y 205 del C.P.A.C.A.
4. Conforme al numeral 4 del artículo 171 del C.P.A.C.A, fíjese la suma de **cuarenta mil pesos (\$40.000.00)**, como gastos ordinarios del proceso, los cuales deberán ser consignados por la parte accionante en la cuenta que al efecto tiene el Tribunal en el Banco Agrario de la ciudad, para lo cual se señala un término de diez (10) días contados a partir de la notificación del presente auto.

Se advierte a la parte demandante que de no acreditar el pago de la suma antes estipulada, se entenderá desistida la demanda en los términos del artículo 178 del C.P.A.C.A. Para tal efecto, se deberá aportar original y dos (2) copias del recibo de consignación de los gastos de notificación.

5. Una vez realizado lo dispuesto en el numeral anterior, **Notifíquese personalmente** el presente proveído al Procurador – reparto – para asuntos administrativos, en calidad de representante del Ministerio Público en los términos del artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P.

6. **Notifíquese personalmente** este proveído a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P.

7. **Notifíquese personalmente** la admisión de la demanda a la NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE – AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – CONCESIONARIA SAN SIMÓN – ÁREA METROPOLITANA DE CÚCUTA, de conformidad con lo normado en el artículo 612 del CGP, que modificó el artículo 199 del C.P.A.C.A.

También, con la contestación de la demanda, las accionadas deberán aportar todas las pruebas que pretendan hacer valer y que se encuentren en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 numerales 4 y 5 ibídem.

Igualmente, en virtud de los principios de colaboración con la administración de justicia, economía procesal y celeridad, alléguese con la contestación de la demanda copia virtual de la misma. La Secretaría al momento de efectuar la notificación correspondiente deberá indicar lo precedente a la entidad en el respectivo mensaje de datos.

8. En los términos del artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, una vez surtida la última notificación, manténgase el expediente en Secretaría durante el término común de 25 días, e igualmente remítase a través del servicio postal autorizado copia de la demanda, sus anexos y de la presente providencia, conforme lo dispone la misma norma.

9. Una vez vencido el anterior término y de acuerdo al artículo 172 del C.P.A.C.A., córrase traslado de la demanda por el término de 30 días, a los demandados y al Ministerio Público.

10. Reconózcase personería para actuar al profesional del derecho **ANA KARINA BRICEÑO** como apoderada de la parte demandante, conforme y en los términos de los memoriales poder conferido, visto a folios 1 y 4 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOGOTÁ
CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Por anotación en sistema, notifícase a las partes la providencia anterior, a las 0.00 del día hoy 17 JUL 2018


Secretario General



94

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-33-010-2019-00027-01
Demandante: Carmen Cecilia López Carrillo
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En atención al informe secretarial que antecede, procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la señora **Carmen Cecilia López Carrillo**, en contra de la decisión proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante auto del 08 de febrero de 2019, donde se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, conforme lo siguiente:

I. Antecedentes

1.1.- El Auto apelado

El Juzgado Décimo Administrativo Mixto de Cúcuta, mediante auto del ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019), decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por el apoderado de la señora **Carmen Cecilia López Carrillo**, bajo los siguientes argumentos:

Indicó que la demanda presentada por la señora **Carmen Cecilia López Carrillo** en contra del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio fue rechazada debido a que se configuró la causal de rechazo de la demanda dispuesta en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, por cuanto el acto ficto demandado no es susceptible de control judicial.

Señaló que en el escrito de la demanda, se pretendía la declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto que se aduce configurado el día 23 de febrero de 2018, a través del cual, fue negado el reajuste a la cesantía definitiva de la actora por no haber incluido la prima de servicios como factor salarial para su liquidación de conformidad con la normatividad aplicable al asunto sub examine.

No obstante lo anterior, manifestó que fue a través de la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016 que se le reconoció la cesantía definitiva de la señora Carmen Cecilia López Carrillo, por el valor de \$132.329.261, suma afectada por los descuentos consignados en la referida Resolución.

Precisó que teniendo en cuenta que la pretensión principal se basa en la reliquidación de la cesantía definitiva de la actora, trajo a colación lo expuesto por el H. Consejo de Estado¹ en relación con la naturaleza de la prestación, en el cual precisó lo siguiente:

¹ Sentencia Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Segunda. 27 de abril de 2016. C.P: Luis Rafael Vergara Quintero Radicado No.: 27001-23-33-000-2013-00101-01

“En lo que concierne a las cesantías, parciales o definitivas, también ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación que no se constituye en una prestación periódica, sino unitaria, que, aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.”

De igual manera, el Consejo de Estado señaló³⁹, e tratándose de un caso similar que al no discutirse la existencia del derecho al reconocimiento del auxilio de cesantías, sino el valor reconocido por el tiempo de prestaciones del servicio, las pretensiones es de naturaleza particular, subjetiva y de carácter económico que puede ser objeto de transacción y por lo tanto es necesario que la parte demandante cumpla con la carga de procesal de acreditar el agotamiento de la conciliación extrajudicial. (...)” (Resaltado por el A quo)

A su vez, señaló que la cesantía, ya sea en la modalidad parcial o definitiva, es una prestación social, sin embargo, no significa que sea de carácter periódico, sino por el contrario su naturaleza es unitaria al tratarse de un valor a reconocer por el tiempo de servicio del trabajador, por lo tanto, entraría a estar condicionada bajo la figura de la caducidad consignada en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

En relación con lo expuesto, arguyó que para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa es menester que el acto administrativo demandado sea de carácter definitivo como lo dispone el artículo 43 del CPACA:

“Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”

Afirmó que bajo la perspectiva planteada y una vez analizada integralmente la demanda, se llega a la conclusión que el acto administrativo acusado no tiene la vocación de ser un acto definitivo, en la medida de que el mismo es contentivo de una petición o reclamación administrativa donde se eleva una solicitud en relación con una controversia propia del acto a través del cual se reconoció y liquidó el derecho a la cesantía definitiva a la demandante.

No obstante, señaló que aun cuando el acto administrativo ficto configurado el 23 de febrero de 2018 no tenga el carácter de definitivo, si se concluye que contrario a este es la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016, que no fue controvertida en sede administrativa ni mediante la demanda de la referencia.

Conforme a lo anterior, concluyó que el acto ficto cuya nulidad se persigue a través de la presente demanda, no se erige como un verdadero acto administrativo definitivo, en los términos del artículo 43 del CPACA, debido a que fue la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016, el acto administrativo que contiene la manifestación real, concreta y creadora de efectos jurídicos de la demandada, razón por la cual no es susceptible de control judicial, y en consecuencia, la decisión debe ser la de rechazar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el numeral 3° del artículo 169 ibídem.

1.2.- Fundamentos del recurso interpuesto

La apoderada de la parte demandante, presentó el día 14 de febrero de 2019, recurso de apelación en contra del auto de fecha 08 de febrero de 2019 por medio del cual rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por considerar que se configura la causal establecida en el numeral 3° del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, solicitando que se tengan en cuenta los siguientes argumentos:

Afirmó que los fundamentos expuestos por el *A quo* son incorrectos al haber rechazado de plano la demanda por caducidad, al indicar que se debió demandar la nulidad de la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016 por ser este el acto administrativo que liquidó la cesantía definitiva de la actora, y en el que la entidad territorial y la Fiduprevisora omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías de un educador de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que determina la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Estimó que el Municipio de San José de Cúcuta y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitieron la inclusión de la prima de servicios al momento de reconocer la cesantía definitiva de la señora Carmen Cecilia López Carrillo, perjudicándola, como es el caso de muchos docentes del magisterio de todo el territorio nacional, que culminaron su vida laboral por haber cumplido la edad de retiro forzoso de 65 años antes de la Ley 1821 de 2016, significando entonces que pertenecen a la tercera edad y por consiguiente son sujetos de especial protección.

Finalmente resaltó la importancia del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, al explicar que si bien es cierto la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016 se encuentra debidamente en firme, también lo es que no se está atacando, ni solicitando su nulidad en el presente asunto, pues lo que se debate es la legalidad de la actuación de las accionadas en cuanto a la solicitud presentada el día 22 de noviembre de 2017, que, de acuerdo a una interpretación errada del *A quo*, no trata de revivir términos sino de exigir derechos que la autoridad competente aplicó tardíamente.

1.3.- Concesión del recurso.

En atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de la parte actora el 14 de febrero de 2019 en contra del auto que rechazó la demanda de la referencia de fecha 08 de febrero de 2019, el Juzgado Décimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta a través del auto del 12 de marzo de la misma anualidad decidió conceder el recurso de apelación presentado.

II. Consideraciones

2.1.- Competencia

La Sala tiene competencia para decidir en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo reglado en el art. 125 de la Ley 1437 de 2011, dado que la decisión tomada por el *A quo* pone fin al medio de control interpuesto.

Igualmente, el auto que resuelve rechazar la demanda es susceptible de recurso de apelación conforme lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. El asunto a resolver en esta Instancia:

Conforme al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la decisión proferida por el *A quo*, contenida en el auto del día 08 de febrero de 2019, en la que decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho al configurarse la causal de rechazo establecida en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, es decir que el asunto no es susceptible de control judicial².

El Juzgado llegó a tal decisión por considerar que la parte actora demandó un acto administrativo no susceptible de control judicial, como lo es el acto ficto derivado del derecho petición impetrado el 22 de noviembre de 2017, ya que este no tiene el carácter de acto definitivo que consagra el artículo 43 del CPACA, como si lo tenía la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016, al ser este el acto que reconoció y liquidó las cesantías definitivas.

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación³, alegando que las entidades demandadas omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías de la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que consagra la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, resultando en un error que perjudica de manera considerable a la demandante al igual que ocurre con muchos de los docentes del magisterio retirados y sujetos de especial protección constitucional.

2.3.- Decisión del presente asunto en segunda Instancia.

La Sala, luego de analizada la providencia apelada, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el ordenamiento jurídico pertinente, llega a la conclusión que en el presente asunto hay lugar a revocar el auto que rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho conforme a los argumentos expuestos a continuación.

2.3.1- Razones de la decisión que se toma en esta instancia.

En efecto, como ya se anotó anteriormente, el Juzgado Décimo Administrativo de Cúcuta mediante auto de fecha 08 de febrero de 2019, rechazó la demanda de la referencia al indicar que el asunto no es objeto de control judicial debido a que no se demandó el acto definitivo que reconoció y liquidó la cesantía definitiva de la demandante.

Respecto a si el asunto es o no susceptible de control judicial, debe observarse que el acto administrativo demandado, es aquel configurado por la omisión de la Secretaría de Educación de Norte de Santander en dar respuesta al derecho de petición instaurado el 22 de noviembre de 2017 en el que se solicitaba la reliquidación de la cesantía definitiva reconocida a la actora mediante la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016, dado que la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios aun cuando el Decreto Nacional 1545 de 2013 en su artículo 5° lo estableciera para el personal docente, por tal motivo, debe la Sala entrar a pronunciarse respecto a la solicitud y el acto administrativo ficto demandado.

Por lo anterior, en relación con la solicitud de incorporación de la prima de servicios en la liquidación de cesantía definitiva y el acto administrativo ficto de la referencia, es menester tener presente que la Fiduprevisora S.A. expidió el Comunicado N° 14

² Folios 31-32 del expediente.

³ Folios 34-45 del expediente.

el día 04 de octubre de 2017⁴, 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con la Circular N° 18 del 04 del mismo año. El mencionado Comunicado establece lo siguiente:

“Buscando una disminución de demandas por este concepto que se está incluyendo de manera administrativa se reitera la mencionada circular en el sentido de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El Decreto 1545 de 2013, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes de régimen retroactividad. *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 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 Ministerio con radicado No 20156000002331 emitió concepto jurídico en el cual da solución al siguiente problema jurídico:
 (...)

(...) En atención a la segunda parte de su consulta, referente a establecer si es viable incluir como factor de salario la prima de servicios para la liquidación de las cesantías, me permito manifestarle, que el precitado Decreto 1545 de 2013, sobre la particular señala:

... “artículo 5. Liquidación de otras prestaciones económicas. La prima de servicios que se establece en el artículo 1 de este Decreto, constituye factor salarial desde el momento de su causación, para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas:

- 1. vacaciones.*
- 2. Prima de Vacaciones.*
- 3. Cesantías.*
- 4. Prima de Navidad.” ...*

De acuerdo a la anterior norma, es viable 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 de que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”...

⁴ Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Fiduprevisora S.A. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Folios 27 al 29 del expediente.

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.” (negrilla por la Sala)

De igual manera la Oficina del Fondo Prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informó que:

“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 medie 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.”

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que durante el año 2017 la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial expidieron comunicados referentes a la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, ocurrido con posterioridad a la Resolución N° 0387 del 16 de agosto de 2016, y tal como lo manifestó el H. Consejo de Estado, crea *“una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico”*⁵ a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, conforme a los anexos allegados junto al escrito introductorio, la accionante interpuso un derecho de petición radicado el 22 de noviembre de 2017⁶, mediante el cual solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima de servicios de conformidad con lo establecido en el Decreto 1545 de 2013 como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, de acuerdo con el Comunicado N° 014 del 04 de octubre de 2017, no obstante, según lo manifestado por la actora en su demanda, no ha recibido respuesta alguna de la referida petición.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el acto administrativo ficto o presunto producto de la omisión de la entidad demandada en proporcionar una respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente al derecho de petición interpuesto por la actora, por lo tanto, no se configura la situación descrita en el numeral 3° del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, es decir, que el asunto no sea susceptible de control judicial, lo cual no sucede en el caso sub examine.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado es aquel configurado por la omisión en dar respuesta a un derecho de petición, es decir, un acto administrativo ficto o presunto, la norma⁷ establece que, en casos como el presente, la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo, por lo tanto, no operaría el fenómeno de la caducidad de la demanda.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 21 de abril de 2016. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Actor: Samuel Correa Quintero. Demandado: Fiscalía General De La Nación. Radicado: 05001-23-31-000-2003-01220-01(0239-14).

⁶ Folios 17 y 18 del expediente.

⁷ Literal d), numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Por otra parte, es menester resaltar que los derechos laborales de la actora no han prescrito, 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 Estado⁸:

“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”.

De conformidad con lo anterior, la Sala no está de acuerdo con lo dispuesto por el A quo mediante providencia del 08 de febrero de 2019, consistente en rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia, por configurarse la causal establecida en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, por lo tanto, considera la Sala que lo procedente será revocar la decisión tomada por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta.

Por lo que se,

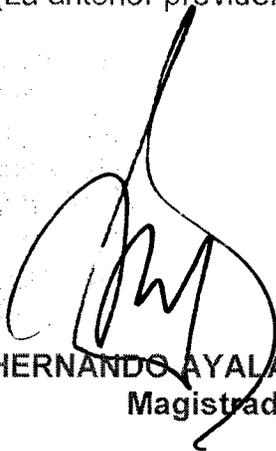
RESUELVE:

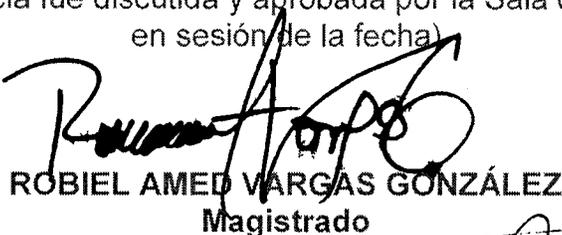
PRIMERO: Revocar el auto proferido el día ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Décimo Administrativo Mixto de Cúcuta, mediante el cual se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetrada 25 de enero de 2019, para en su lugar ordenarle al A quo que continúe con el estudio de la admisión de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

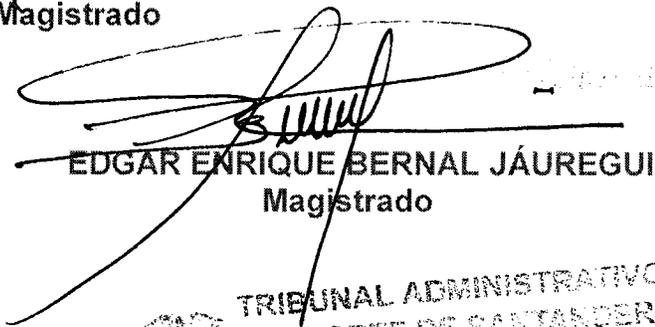
SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral No. 4 en sesión de la fecha)


 HERNANDO AYALA PEÑARANDA
 Magistrado


 ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
 Magistrado


 EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
 Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
 NORTE DE SANTANDER
 CONSTANCIA SECRETARIAL

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández. *Comisión en estudio*
 partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m
 hoy 17 III 2019


 Secretario General



93

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-33-002-2018-00423-01
Demandante: Carlos Arturo Cohen Tobías
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En atención al informe secretarial que antecede, procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del señor **Carlos Arturo Cohen Tobías**, en contra de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante auto del 20 de febrero de 2019, donde se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, conforme lo siguiente:

I. Antecedentes

1.1.- El Auto apelado

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta, mediante auto del veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019), decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por la apoderada del señor **Carlos Arturo Cohen Tobías**, bajo los siguientes argumentos:

Manifestó que la demanda presentada por el señor **Carlos Arturo Cohen Tobías** en contra del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio fue rechazada debido a que se presentó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Precisó que la demanda fue instaurada con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado respecto de la petición radicada el 10 de noviembre de 2017, por la cual se negó el reajuste a la cesantía definitiva del actor, la respectiva inclusión de la prima de servicios como factor salarial y la correspondiente sanción por mora derivada de dicha omisión.

Al respecto, mencionó que el H. Consejo de Estado¹ ha señalado que la cesantía, ya sea parcial o definitiva, no constituye una prestación periódica, sino unitaria, que aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, esta debe agotarse al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.

De otra parte, con relación a la caducidad de los actos que reconocen anualmente las cesantías, trajo a colación la Sentencia de Unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que el alto Tribunal indica que:

¹ Auto. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 28 de septiembre de 2017. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Demandante: Norberto Montealegre Vega, Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicado: 25000-23-42-000-2017-01031-01(3202-17).

"(...) De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. 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 al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A.

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. Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. (...)"

Con fundamento en lo anterior, expresó que se si bien en el presente asunto lo que se pretende es el reajuste de su cesantía definitiva con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación y la correspondiente sanción por mora, se hace necesario precisar que se trata de un derecho que no puede ser reclamado en cualquier tiempo, debido a que el medio de control de la referencia está sujeto al término previsto en el literal d), numeral 2° del artículo 164 del CPACA, que establece que deberá presentarse la demanda dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo del cual se pretende su nulidad.

En el mismo sentido, refirió que es la Resolución N° 00426 del 08 de febrero de 2016, el acto administrativo que definió la situación jurídica sobre las cesantías definitivas del actor, decisión que generó efectos jurídicos frente al derecho reconocido y por lo tanto, en caso de no estar de acuerdo con ella, contaba con cuatro meses para comparecer ante la jurisdicción contenciosa administrativa y controvertir la legalidad de la misma.

Finalmente, concluyó que en el presente asunto el actor pretendía la nulidad del acto ficto configurado ante la omisión de la administración de dar respuesta a la petición interpuesta el 10 de noviembre de 2017, cuando es la Resolución N° 00426 del 08 de febrero de 2016 la que le reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas y por lo tanto, contaba con un término de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación de dicha resolución para presentar la demanda, lo cual realizó el día 19 de diciembre de 2018, aproximadamente dos años después

de lo dispuesto en la norma², configurándose de tal forma, el fenómeno de la caducidad del presente medio de control en el caso de la referencia.

1.2.- Fundamentos del recurso interpuesto

La apoderada de la parte demandante, presentó el día 22 de febrero de 2019, recurso de apelación en contra del auto de fecha 20 de febrero de 2019 por medio del cual se rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por cuanto se configura la caducidad de la demanda, solicitando que se tengan en cuenta los siguientes argumentos:

Afirmó que los fundamentos expuestos por el *A quo* son incorrectos al haber rechazado de plano la demanda por caducidad, al indicar que se debió demandar la nulidad de la Resolución N° 00426 del 08 de febrero de 2016 por ser este el acto administrativo que liquidó la cesantía definitiva del actor, y en el que la entidad territorial y la Fiduprevisora omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías de un educador de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que determina la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Estimó que el Departamento de Norte de Santander y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitieron la inclusión de la prima de servicios al momento de reconocer la cesantía definitiva del señor Carlos Arturo Cohen Tobías, perjudicándolo, como es el caso de muchos docentes del magisterio de todo el territorio nacional, que culminaron su vida laboral por haber cumplido la edad de retiro forzoso de 65 años antes de la Ley 1821 de 2016, significando entonces que pertenecen a la tercera edad y por consiguiente son sujetos de especial protección.

Finalmente resaltó la importancia del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, al explicar que si bien es cierto la Resolución N° 00426 del 08 de febrero de 2016 se encuentra debidamente en firme, también lo es que no se está atacando, ni solicitando su nulidad en el presente asunto, pues lo que se debate es la legalidad de la actuación de las accionadas en cuanto a la solicitud presentada el día 10 de noviembre de 2017, que, de acuerdo a una interpretación errada del *A quo*, no trata de revivir términos sino de exigir derechos que la autoridad competente aplicó tardíamente.

1.3.- Concesión del recurso.

En atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de la parte actora el 22 de febrero de 2019 en contra del auto que rechazó la demanda de la referencia de fecha 20 de febrero de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta a través del auto del 27 de febrero de la misma anualidad decidió conceder el recurso de apelación presentado.

II. Consideraciones

2.1.- Competencia

La Sala tiene competencia para decidir en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo reglado en el art. 125 de la Ley 1437

² Literal d) numeral 2° artículo 164 de la Ley 1437 de 2011

de 2011, dado que la decisión tomada por el *A quo* pone fin al medio de control interpuesto.

Igualmente, el auto que resuelve rechazar la demanda es susceptible de recurso de apelación conforme lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. El asunto a resolver en esta Instancia:

Conforme al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la decisión proferida por el *A quo*, contenida en el auto del día 20 de febrero de 2019, en la que se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por cuanto no se demandó el acto administrativo definitivo y aun si se subsanase, operaría la caducidad del medio de control³.

El Juzgado llegó a tal decisión por considerar que la parte actora demandó un acto administrativo no susceptible de control judicial, como lo es el acto ficto derivado del derecho petición impetrado el 10 de noviembre de 2017, por lo que estimó innecesario inadmitir la demanda, dado que aun demandando el acto que reconoció y liquidó las cesantías definitivas, esto es, la Resolución N° 00426 del 08 de febrero de 2016, operaría el fenómeno de la caducidad del medio de control ya que la demanda fue interpuesta el 19 de diciembre de 2018, transcurriendo más de los cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo como lo consagra la norma⁴ para poder interponer la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación⁵, alegando que las entidades demandadas omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías del actor de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que consagra la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, resultando en un error que perjudica de manera considerable al demandante al igual que ocurre con muchos de los docentes del magisterio retirados que son sujetos de especial protección constitucional.

2.3.- Decisión del presente asunto en segunda Instancia.

La Sala, luego de analizada la providencia apelada, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el ordenamiento jurídico pertinente, llega a la conclusión que en el presente asunto hay lugar a revocar el auto que rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho conforme a los argumentos expuestos a continuación.

2.3.1- Razones de la decisión que se toma en esta instancia.

En efecto, como ya se anotó anteriormente, el Juzgado Segundo Administrativo de Cúcuta mediante auto de fecha 20 de febrero de 2019, rechazó la demanda de referencia al indicar que el asunto no es objeto de control judicial debido a que no se demandó el acto definitivo que reconoció y liquidó la cesantía definitiva del

³ Folios 33-34 del expediente.

⁴ Numeral 2° literal d) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

⁵ Folios 35-46 del expediente.

demandante, y aun cuando se considerase su inadmisión para su corrección, operaría la caducidad del medio de control al no haber presentado la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dentro del término establecido en la ley.

Respecto a si el asunto es o no susceptible de control judicial, debe observarse que el acto administrativo demandado, es aquel configurado por la omisión de la Secretaría de Educación de Norte de Santander en dar respuesta al derecho de petición instaurado el 10 de noviembre de 2017 en el que se solicitaba la reliquidación de la cesantía definitiva reconocida al actor mediante la Resolución N° 00426 del 08 de febrero de 2016, dado que la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios aun cuando el Decreto Nacional 1545 de 2013 en su artículo 5° lo estableciera para el personal docente, por tal motivo, debe la Sala entrar a pronunciarse respecto a la solicitud y el acto administrativo ficto demandado.

Por lo anterior, en relación con la solicitud de incorporación de la prima de servicios en la liquidación de cesantía definitiva y el acto administrativo ficto de la referencia, es menester tener presente que la Fiduprevisora S.A. expidió el Comunicado N° 014 el día 04 de octubre de 2017⁶, 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con la Circular N° 18 del 04 del mismo año. El mencionado Comunicado establece lo siguiente:

"Buscando una disminución de demandas por este concepto que se está incluyendo de manera administrativa se reitera la mencionada circular en el sentido de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El Decreto 1545 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 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 Ministerio con radicado No 20156000002331 emitió concepto jurídico en el cual da solución al siguiente problema jurídico: (...)

(...) En atención a la segunda parte de su consulta, referente a establecer si es viable incluir como factor de salario la prima de servicios para la liquidación de las cesantías, me permito manifestarle, que el precitado Decreto 1545 de 2013, sobre la particular señala:

⁶ Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Fiduprevisora S.A. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Folios 28 al 30 del expediente.

... "artículo 5. Liquidación de otras prestaciones económicas. La prima de servicios que se establece en el artículo 1 de este Decreto, constituye factor salarial desde el momento de su causación, para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas:

1. vacaciones.
2. Prima de Vacaciones.
3. **Cesantías.**
4. Prima de Navidad." ...

De acuerdo a la anterior norma, **es viable 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 de 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." (negrilla por la Sala)

De igual manera la Oficina del Fondo Prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informó que:

"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 medie 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."

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que durante el año 2017 la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial expidieron comunicados referentes a la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, ocurrido con posterioridad a la Resolución N° 00426 del 08 de febrero de 2016, y tal como lo manifestó el H. Consejo de Estado, crea "una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico"⁷ a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 21 de abril de 2016. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Actor: Samuel Correa Quintero. Demandado: Fiscalía General De La Nación. Radicado: 05001-23-31-000-2003-01220-01(0239-14).

Adicionalmente, conforme a los anexos allegados junto al escrito introductorio, el actor interpuso un derecho de petición radicado el 10 de noviembre de 2017⁸, mediante el cual solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima de servicios de conformidad con lo establecido en el Decreto 1545 de 2013 como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, de acuerdo con el Comunicado N° 014 del 04 de octubre de 2017, no obstante, según lo manifestado por el actor en su demanda, no ha recibido respuesta alguna de la referida petición.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el acto administrativo ficto o presunto producto de la omisión de la entidad demandada en proporcionar una respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente al derecho de petición interpuesto por el actor, por lo tanto, no se configura la situación descrita en el numeral 3° del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, es decir, que el asunto no sea susceptible de control judicial, lo cual no sucede en el caso sub examine.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado es aquel configurado por la omisión en dar respuesta a un derecho de petición; es decir, un acto administrativo ficto o presunto, la norma⁹ establece que, en casos como el presente, la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo, por lo tanto, no opera el fenómeno de la caducidad de la demanda.

Por otra parte, es menester resaltar que los derechos laborales del actor no han prescrito, 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 Estado¹⁰:

“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”.

De conformidad con lo anterior, la Sala no está de acuerdo con lo dispuesto por el *A quo* mediante providencia del 20 de febrero de 2019, consistente en rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia, porque se configuró la caducidad de la demanda, por lo tanto, lo procedente será revocar la decisión tomada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, para en su lugar ordenarle al *A quo* que continúe con el estudio de la admisión de la demanda.

Por lo que se,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el auto proferido el día veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta,

⁸ Folios 19 y 20 del expediente.

⁹ Literal d), numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

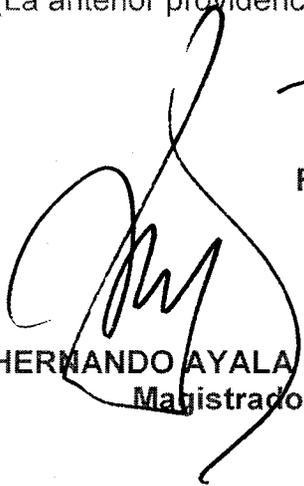
¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

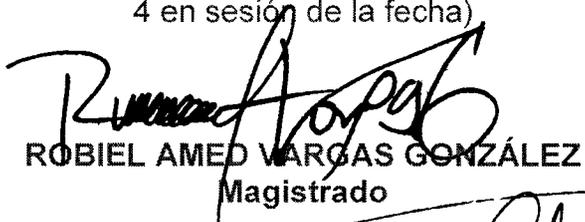
mediante el cual se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetrada 19 de diciembre de 2018, para en su lugar ordenarle al A quo que continúe con el estudio de la admisión de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

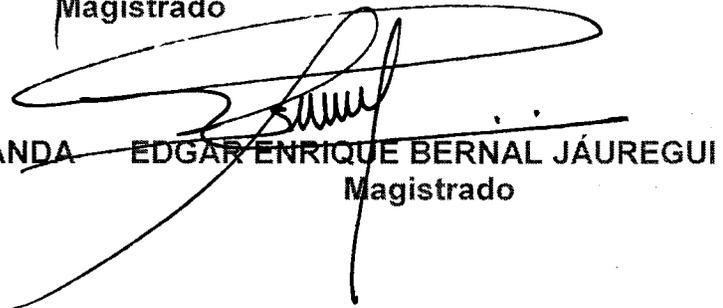
SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral No. 4 en sesión de la fecha)

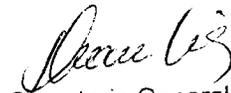

HERMANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a los 0:00 a.m hoy 17 JUL 2019


Secretario General



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-33-010-2019-00021-01
Demandante: Yolanda Páez Franco
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En atención al informe secretarial que antecede, procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la señora **Yolanda Páez Franco**, en contra de la decisión proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante auto del 08 de febrero de 2019, donde se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, conforme lo siguiente:

I. Antecedentes

1.1.- El Auto apelado

El Juzgado Décimo Administrativo Mixto de Cúcuta, mediante auto del ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019), decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por el apoderado de la señora **Yolanda Páez Franco**, bajo los siguientes argumentos:

Indicó que la demanda presentada por la señora **Yolanda Páez Franco** en contra del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio fue rechazada debido a que se configuró la causal de rechazo de la demanda dispuesta en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, por cuanto el acto ficto demandado no es susceptible de control judicial.

Señaló que en el escrito de la demanda, se pretendía la declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto que se aduce configurado el día 23 de febrero de 2018, a través del cual, fue negado el reajuste a la cesantía definitiva de la actora por no haber incluido la prima de servicios como factor salarial para su liquidación de conformidad con la normatividad aplicable al asunto sub examine.

No obstante lo anterior, manifestó que fue a través de la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017 que se le reconoció la cesantía definitiva de la señora **Yolanda Páez Franco**, por el valor de \$137.758.217, suma afectada por los descuentos consignados en la referida Resolución.

Precisó que teniendo en cuenta que la pretensión principal se basa en la reliquidación de la cesantía definitiva de la actora, trajo a colación lo expuesto por el H. Consejo de Estado¹ en relación con la naturaleza de la prestación, en el cual precisó lo siguiente:

¹ Sentencia Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Segunda. 27 de abril de 2016. C.P: Luis Rafael Vergara Quintero Radicado No.: 27001-23-33-000-2013-00101-01

"En lo que concierne a las cesantías, parciales o definitivas, también ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación que no se constituye en una prestación periódica, sino unitaria, que, aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.

De igual manera, el Consejo de Estado señaló³⁹, e tratándose de un caso similar que al no discutirse la existencia del derecho al reconocimiento del auxilio de cesantías, sino el valor reconocido por el tiempo de prestaciones del servicio, las pretensiones es de naturaleza particular, subjetiva y de carácter económico que puede ser objeto de transacción y por lo tanto es necesario que la parte demandante cumpla con la carga procesal de acreditar el agotamiento de la conciliación extrajudicial. (...)" (Resaltado por el A quo)

A su vez, señaló que la cesantía, ya sea en la modalidad parcial o definitiva, es una prestación social, sin embargo, no significa que sea de carácter periódico, sino por el contrario su naturaleza es unitaria al tratarse de un valor a reconocer por el tiempo de servicio del trabajador, por lo tanto, entraría a estar condicionada bajo la figura de la caducidad consignada en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

En relación con lo expuesto, arguyó que para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa es menester que el acto administrativo demandado sea de carácter definitivo como lo dispone el artículo 43 del CPACA:

"Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación."

Afirmó que bajo la perspectiva planteada y una vez analizada integralmente la demanda, se llega a la conclusión que el acto administrativo acusado no tiene la vocación de ser un acto definitivo, en la medida de que el mismo es contentivo de una petición o reclamación administrativa donde se eleva una solicitud en relación con una controversia propia del acto a través del cual se reconoció y liquidó el derecho a la cesantía definitiva a la demandante.

No obstante, señaló que aun cuando el acto administrativo ficto configurado el 23 de febrero de 2018 no tenga el carácter de definitivo, si se concluye que contrario a este es la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017, que no fue controvertida en sede administrativa ni mediante la demanda de la referencia.

Conforme a lo anterior, concluyó que el acto ficto cuya nulidad se persigue a través de la presente demanda, no se erige como un verdadero acto administrativo definitivo, en los términos del artículo 43 del CPACA, debido a que fue la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017, el acto administrativo que contiene la manifestación real, concreta y creadora de efectos jurídicos de la demandada, razón por la cual no es susceptible de control judicial, y en consecuencia, la decisión debe ser la de rechazar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el numeral 3° del artículo 169 ibídem.

1.2.- Fundamentos del recurso interpuesto

La apoderada de la parte demandante, presentó el día 14 de febrero de 2019, recurso de apelación en contra del auto de fecha 08 de febrero de 2019 por medio del cual rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por considerar que se configura la causal de rechazo de la demanda establecida en el numeral 3° del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, solicitando que se tengan en cuenta los siguientes argumentos:

Afirmó que los fundamentos expuestos por el *A quo* son incorrectos al haber rechazado de plano la demanda por caducidad, al indicar que se debió demandar la nulidad de la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017 por ser este el acto administrativo que liquidó la cesantía definitiva de la actora, y en el que la entidad territorial y la Fiduprevisora omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías de un educador de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que determina la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Estimó que el Municipio de San José de Cúcuta y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitieron la inclusión de la prima de servicios al momento de reconocer la cesantía definitiva de la señora Yolanda Páez Franco, perjudicándola, como es el caso de muchos docentes del magisterio de todo el territorio nacional, que culminaron su vida laboral por haber cumplido la edad de retiro forzoso de 65 años antes de la Ley 1821 de 2016, significando entonces que pertenecen a la tercera edad y por consiguiente son sujetos de especial protección.

Finalmente resaltó la importancia del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, al explicar que si bien es cierto la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017 se encuentra debidamente en firme, también lo es que no se está atacando, ni solicitando su nulidad en el presente asunto, pues lo que se debate es la legalidad de la actuación de las accionadas en cuanto a la solicitud presentada el día 22 de noviembre de 2017, que, de acuerdo a una interpretación errada del *A quo*, no trata de revivir términos sino de exigir derechos que la autoridad competente aplicó tardíamente.

1.3.- Concesión del recurso.

En atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de la parte actora el 14 de febrero de 2019 en contra del auto que rechazó la demanda de la referencia de fecha 08 de febrero de 2019, el Juzgado Décimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta a través del auto del 12 de marzo de la misma anualidad decidió conceder el recurso de apelación presentado.

II. Consideraciones

2.1.- Competencia

La Sala tiene competencia para decidir en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo reglado en el art. 125 de la Ley 1437 de 2011, dado que la decisión tomada por el *A quo* pone fin al medio de control interpuesto.

Igualmente, el auto que resuelve rechazar la demanda es susceptible de recurso de apelación conforme lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. El asunto a resolver en esta Instancia:

Conforme al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la decisión proferida por el *A quo*, contenida en el auto del día 08 de febrero de 2019, en la que decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho al configurarse la causal de rechazo establecida en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, es decir que el asunto no es susceptible de control judicial².

El Juzgado llegó a tal decisión por considerar que la parte actora demandó un acto administrativo no susceptible de control judicial, como lo es el acto ficto derivado del derecho petición impetrado el 22 de noviembre de 2017, ya que este no tiene el carácter de acto definitivo que consagra el artículo 43 del CPACA, como si lo tenía la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017, al ser este el acto que reconoció y liquidó las cesantías definitivas.

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación³, alegando que las entidades demandadas omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías de la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que consagra la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, resultando en un error que perjudica de manera considerable a la demandante al igual que ocurre con muchos de los docentes del magisterio retirados y sujetos de especial protección constitucional.

2.3.- Decisión del presente asunto en segunda Instancia.

La Sala, luego de analizada la providencia apelada, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el ordenamiento jurídico pertinente, llega a la conclusión que en el presente asunto hay lugar a revocar el auto que rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho conforme a los argumentos expuestos a continuación.

2.3.1- Razones de la decisión que se toma en esta instancia.

En efecto, como ya se anotó anteriormente, el Juzgado Décimo Administrativo de Cúcuta mediante auto de fecha 08 de febrero de 2019, rechazó la demanda de la referencia al indicar que el asunto no es objeto de control judicial debido a que no se demandó el acto definitivo que reconoció y liquidó la cesantía definitiva de la demandante.

Respecto a si el asunto es o no susceptible de control judicial, debe observarse que el acto administrativo demandado, es aquel configurado por la omisión de la Secretaría de Educación de Norte de Santander en dar respuesta al derecho de petición instaurado el 22 de noviembre de 2017 en el que se solicitaba la reliquidación de la cesantía definitiva reconocida a la actora mediante la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017, dado que la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios aun cuando el Decreto Nacional 1545 de 2013 en su artículo 5° lo estableciera para el personal docente, por tal motivo, debe la Sala entrar a pronunciarse respecto a la solicitud y el acto administrativo ficto demandado.

Por lo anterior, en relación con la solicitud de incorporación de la prima de servicios en la liquidación de cesantía definitiva y el acto administrativo ficto de la referencia, es menester tener presente que la Fiduprevisora S.A. expidió el Comunicado N° 14

² Folios 30-31 del expediente.

³ Folios 33-44 del expediente.

el día 04 de octubre de 2017⁴, 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con la Circular N° 18 del 04 del mismo año. El mencionado Comunicado establece lo siguiente:

“Buscando una disminución de demandas por este concepto que se está incluyendo de manera administrativa se reitera la mencionada circular en el sentido de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El Decreto 1545 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 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 Ministerio con radicado No 20156000002331 emitió concepto jurídico en el cual da solución al siguiente problema jurídico:

(...)

(...) En atención a la segunda parte de su consulta, referente a establecer si es viable incluir como factor de salario la prima de servicios para la liquidación de las cesantías, me permito manifestarle, que el precitado Decreto 1545 de 2013, sobre la particular señala:

... “artículo 5. Liquidación de otras prestaciones económicas. La prima de servicios que se establece en el artículo 1 de este Decreto, constituye factor salarial desde el momento de su causación, para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas:

1. vacaciones.
2. Prima de Vacaciones.
3. **Cesantías.**
4. Prima de Navidad.” ...

De acuerdo a la anterior norma, **es viable 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 de que trata el Decreto 1545 de 2013 se realizará en julio de 2014”...

⁴ Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Fiduprevisora S.A. Asunto: “Prima de servicios docentes régimen de retroactividad”. Folios 26 al 28 del expediente.

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.” (negrilla por la Sala)

De igual manera la Oficina del Fondo Prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informó que:

“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 medie 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.”

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que durante el año 2017 la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial expidieron comunicados referentes a la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, ocurrido con posterioridad a la Resolución N° 0212 del 23 de febrero de 2017, y tal como lo manifestó el H. Consejo de Estado, crea *“una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico”*⁵ a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

Adicionalmente, conforme a los anexos allegados junto al escrito introductorio, la accionante interpuso un derecho de petición radicado el 22 de noviembre de 2017⁶, mediante el cual solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima de servicios de conformidad con lo establecido en el Decreto 1545 de 2013 como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, de acuerdo con el Comunicado N° 014 del 04 de octubre de 2017, no obstante, según lo manifestado por la actora en su demanda, no ha recibido respuesta alguna de la referida petición.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el acto administrativo ficto o presunto producto de la omisión de la entidad demandada en proporcionar una respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente al derecho de petición interpuesto por la actora, por lo tanto, no se configura la situación descrita en el numeral 3° del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, es decir, que el asunto no sea susceptible de control judicial, lo cual no sucede en el caso sub examine.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado es aquel configurado por la omisión en dar respuesta a un derecho de petición, es decir, un acto administrativo ficto o presunto, la norma⁷ establece que, en casos como el presente, la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo, por lo tanto, no operaría el fenómeno de la caducidad de la demanda.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 21 de abril de 2016. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Actor: Samuel Correa Quintero. Demandado: Fiscalía General De La Nación. Radicado: 05001-23-31-000-2003-01220-01(0239-14).

⁶ Folios 19 y 20 del expediente.

⁷ Literal d), numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Por otra parte, es menester resaltar que los derechos laborales de la actora no han prescrito, 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 Estado⁸:

"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".

De conformidad con lo anterior, la Sala no está de acuerdo con lo dispuesto por el A quo mediante providencia del 08 de febrero de 2019, consistente en rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia, por configurarse la causal establecida en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, por lo tanto, considera la Sala que lo procedente será revocar la decisión tomada por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta.

Por lo que se,

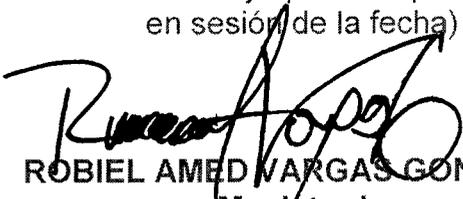
RESUELVE:

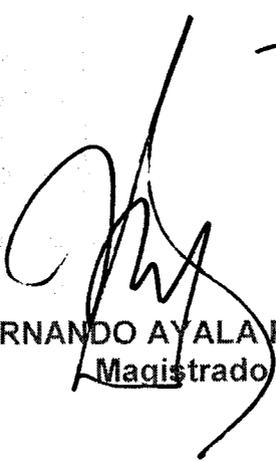
PRIMERO: Revocar el auto proferido el día ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Décimo Administrativo Mixto de Cúcuta, mediante el cual se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetrada 25 de enero de 2019, para en su lugar ordenarle al A quo que continúe con el estudio de la admisión de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

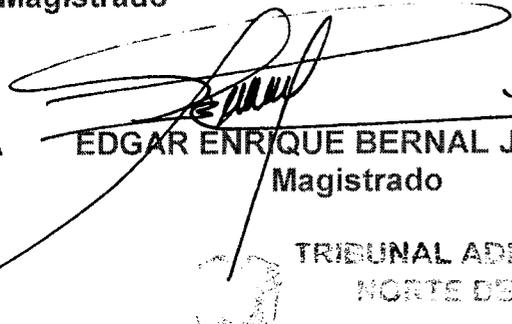
SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral No. 4 en sesión de la fecha)


 ROBIEL AMÉD VARGAS GONZÁLEZ
 Magistrado


 HERNANDO AYALA PEÑARANDA
 Magistrado


 EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
 Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
 NORTE DE SANTANDER
 CONTADECIA SECRETARIAL

⁸ 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, providencia No. 113, a las 3:00 a.m. hoy 17 JUL 2019


 Secretario General



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
 San José de Cúcuta, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-33-002-2018-00424-01
Demandante: Pedro Segundo Contreras Contreras
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En atención al informe secretarial que antecede, procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del señor **Pedro Segundo Contreras Contreras**, en contra de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante auto del 20 de febrero de 2019, donde se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, conforme lo siguiente:

I. Antecedentes

1.1.- El Auto apelado

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta, mediante auto del veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019), decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por la apoderada del señor **Pedro Segundo Contreras Contreras**, bajo los siguientes argumentos:

Manifestó que la demanda presentada por el señor **Pedro Segundo Contreras Contreras** en contra del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio fue rechazada debido a que se presentó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Precisó que la demanda fue instaurada con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado respecto de la petición radicada el 24 de octubre de 2017, por la cual se negó el reajuste a la cesantía definitiva del actor, la respectiva inclusión de la prima de servicios como factor salarial y la correspondiente sanción por mora derivada de dicha omisión.

Al respecto, mencionó que el H. Consejo de Estado¹ ha señalado que la cesantía, ya sea parcial o definitiva, no constituye una prestación periódica, sino unitaria, que aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, esta debe agotarse al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.

De otra parte, con relación a la caducidad de los actos que reconocen anualmente las cesantías, trajo a colación la Sentencia de Unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que el alto Tribunal indica que:

¹ Auto. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 28 de septiembre de 2017. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Demandante: Norberto Montealegre Vega, Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicado: 25000-23-42-000-2017-01031-01(3202-17).

"(...) De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. 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 al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A.

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. Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. (...)"

Con fundamento en lo anterior, expresó que si bien en el presente asunto lo que se pretende es el reajuste de su cesantía definitiva con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación y la correspondiente sanción por mora, se hace necesario precisar que se trata de un derecho que no puede ser reclamado en cualquier tiempo, debido a que el medio de control de la referencia está sujeto al término previsto en el literal d), numeral 2° del artículo 164 del CPACA, que establece que deberá presentarse la demanda dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo del cual se pretende su nulidad.

En el mismo sentido, refirió que es la Resolución N° 0295 del 20 de junio de 2016, el acto administrativo que definió la situación jurídica sobre las cesantías definitivas del actor, decisión que generó efectos jurídicos frente al derecho reconocido, y por tanto, en caso de no estar de acuerdo con ella, contaba con cuatro meses para comparecer ante la jurisdicción contenciosa administrativa y controvertir la legalidad de la misma.

Finalmente, concluyó que en el presente asunto el actor pretendía la nulidad del acto ficto configurado ante la omisión de la administración de dar respuesta a la petición interpuesta el 24 de octubre de 2017, cuando es la Resolución N° 0295 del 20 de junio de 2016 la que le reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas y por tanto, contaba con un término de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación de dicha resolución para presentar la demanda, lo cual realizó el día 19 de diciembre de 2018, aproximadamente dos años después

de lo dispuesto en la norma², configurándose de tal forma el fenómeno de la caducidad el presente medio de control en el caso de la referencia.

1.2.- Fundamentos del recurso interpuesto

La apoderada de la parte demandante, presentó el día 22 de febrero de 2019, recurso de apelación en contra del auto de fecha 20 de febrero de 2019 por medio del cual se rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por cuanto se configura la caducidad de la demanda, solicitando que se tengan en cuenta los siguientes argumentos:

Afirmó que los fundamentos expuestos por el *A quo* son incorrectos al haber rechazado de plano la demanda por caducidad, al indicar que se debió demandar la nulidad de la Resolución N° 0295 del 20 de junio de 2016 por ser este el acto administrativo que liquidó la cesantía definitiva del actor, y en el que la entidad territorial y la Fiduprevisora omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías de un educador de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que determina la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Estimó que el Municipio de San José de Cúcuta y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitieron la inclusión de la prima de servicios al momento de reconocer la cesantía definitiva del señor Pedro Segundo Contreras Contreras, perjudicándolo, como es el caso de muchos docentes del magisterio de todo el territorio nacional, que culminaron su vida laboral por haber cumplido la edad de retiro forzoso de 65 años antes de la Ley 1821 de 2016, significando entonces que pertenecen a la tercera edad y por consiguiente son sujetos de especial protección.

Finalmente resaltó la importancia del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, al explicar que si bien es cierto la Resolución N° 0295 del 20 de junio de 2016 se encuentra debidamente en firme, también lo es que no se está atacando, ni solicitando su nulidad en el presente asunto, pues lo que se debate es la legalidad de la actuación de las accionadas en cuanto a la solicitud presentada el día 24 de octubre de 2017, que, de acuerdo a una interpretación errada del *A quo*, no trata de revivir términos sino de exigir derechos que la autoridad competente aplicó tardíamente.

1.3.- Concesión del recurso.

En atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de la parte actora el 22 de febrero de 2019 en contra del auto que rechazó la demanda de la referencia de fecha 20 de febrero de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta a través del auto del 27 de febrero de la misma anualidad decidió conceder el recurso de apelación presentado.

II. Consideraciones

2.1.- Competencia

La Sala tiene competencia para decidir en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo reglado en el art. 125 de la Ley 1437

² Literal d) numeral 2° artículo 164 de la Ley 1437 de 2011

de 2011, dado que la decisión tomada por el *A quo* pone fin al medio de control interpuesto.

Igualmente, el auto que resuelve rechazar la demanda es susceptible de recurso de apelación conforme lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. El asunto a resolver en esta Instancia:

Conforme al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la decisión proferida por el *A quo*, contenida en el auto del día 20 de febrero de 2019, en la que se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por cuanto no se demandó el acto administrativo definitivo y aun si se subsanase, operaría la caducidad del medio de control³.

El Juzgado llegó a tal decisión por considerar que la parte actora demandó un acto administrativo no susceptible de control judicial, como lo es el acto ficto derivado del derecho petición impetrado el 24 de octubre de 2017, por lo que estimó innecesario inadmitir la demanda, dado que aun demandando el acto que reconoció y liquidó las cesantías definitivas, esto es, la Resolución N° 0295 del 20 de junio de 2016, operaría el fenómeno de la caducidad del medio de control ya que la demanda fue interpuesta el 19 de diciembre de 2018, trascurriendo más de los cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo como lo consagra la norma⁴ para poder interponer la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación⁵, alegando que las entidades demandadas omitieron incluir la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías del actor de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1545 de 2013, que consagra la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, resultando en un error que perjudica de manera considerable al demandante al igual que ocurre con muchos de los docentes del magisterio retirados que son sujetos de especial protección constitucional.

2.3.- Decisión del presente asunto en segunda Instancia.

La Sala, luego de analizada la providencia apelada, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el ordenamiento jurídico pertinente, llega a la conclusión que en el presente asunto hay lugar a revocar el auto que rechazó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho conforme a los argumentos expuestos a continuación.

2.3.1- Razones de la decisión que se toma en esta instancia.

En efecto, como ya se anotó anteriormente, el Juzgado Segundo Administrativo de Cúcuta mediante auto de fecha 20 de febrero de 2019, rechazó la demanda de la referencia al indicar que el asunto no es objeto de control judicial debido a que no se demandó el acto definitivo que reconoció y liquidó la cesantía definitiva del

³ Folios 33-34 del expediente.

⁴ Numeral 2° literal d) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

⁵ Folios 35-46 del expediente.

demandante, y aun cuando se considerase su inadmisión para su corrección, operaría la caducidad del medio de control al no haber presentado la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dentro del término establecido en la ley.

Respecto a si el asunto es o no susceptible de control judicial, debe observarse que el acto administrativo demandado, es aquel configurado por la omisión de la Secretaría de Educación de Norte de Santander en dar respuesta al derecho de petición instaurado el 24 de octubre de 2017 en el que se solicitaba la reliquidación de la cesantía definitiva reconocida al actor mediante la Resolución N° 0295 del 20 de junio de 2016, dado que la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios aun cuando el Decreto Nacional 1545 de 2013 en su artículo 5° lo estableciera para el personal docente, por tal motivo, debe la Sala entrar a pronunciarse respecto a la solicitud y el acto administrativo ficto demandado.

Por lo anterior, en relación con la solicitud de incorporación de la prima de servicios en la liquidación de cesantía definitiva y el acto administrativo ficto de la referencia, es menester tener presente que la Fiduprevisora S.A. expidió el Comunicado N° 014 el día 04 de octubre de 2017⁶, 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con la Circular N° 18 del 04 del mismo año. El mencionado Comunicado establece lo siguiente:

"Buscando una disminución de demandas por este concepto que se está incluyendo de manera administrativa se reitera la mencionada circular en el sentido de reconocer la misma sin que medie demanda alguna.

El Decreto 1545 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 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 Ministerio con radicado No 20156000002331 emitió concepto jurídico en el cual da solución al siguiente problema jurídico: (...)

(...) En atención a la segunda parte de su consulta, referente a establecer si es viable incluir como factor de salario la prima de servicios para la liquidación de las cesantías, me permito manifestarle, que el precitado Decreto 1545 de 2013, sobre la particular señala:

⁶ Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Fiduprevisora S.A. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Folios 28 al 30 del expediente.

... "artículo 5. Liquidación de otras prestaciones económicas. La prima de servicios que se establece en el artículo 1 de este Decreto, constituye factor salarial desde el momento de su causación, para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas:

1. vacaciones.
2. Prima de Vacaciones.
3. **Cesantías.**
4. Prima de Navidad." ...

De acuerdo a la anterior norma, **es viable 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 de 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." (negrilla por la Sala)

De igual manera la Oficina del Fondo Prestacional de la Secretaría de Educación Municipal informó que:

"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 medie 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."

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que durante el año 2017 la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial expedieron comunicados referentes a la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, ocurrido con posterioridad a la Resolución N° 0295 del 20 de junio de 2016, y tal como lo manifestó el H. Consejo de Estado, crea "una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico"⁷ a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 21 de abril de 2016. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Actor: Samuel Correa Quintero. Demandado: Fiscalía General De La Nación. Radicado: 05001-23-31-000-2003-01220-01(0239-14).

Adicionalmente, conforme a los anexos allegados junto al escrito introductorio, el actor interpuso un derecho de petición radicado el 24 de octubre de 2017⁸, mediante el cual solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima de servicios de conformidad con lo establecido en el Decreto 1545 de 2013 como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, de acuerdo con el Comunicado N° 014 del 04 de octubre de 2017, no obstante, según lo manifestado por el actor en su demanda, no ha recibido respuesta alguna de la referida petición.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el acto administrativo ficto o presunto producto de la omisión de la entidad demandada en proporcionar una respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente al derecho de petición interpuesto por el actor, por lo tanto, no se configura la situación descrita en el numeral 3° del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, es decir, que el asunto no sea susceptible de control judicial, lo cual no sucede en el caso sub examine.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado es aquel configurado por la omisión en dar respuesta a un derecho de petición, es decir, un acto administrativo ficto o presunto, la norma⁹ establece que, en casos como el presente, la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo, por lo tanto, no opera el fenómeno de la caducidad de la demanda.

Por otra parte, es menester resaltar que los derechos laborales del actor no han prescrito, 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 Estado¹⁰:

"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".

De conformidad con lo anterior, la Sala no está de acuerdo con lo dispuesto por el *A quo* mediante providencia del 20 de febrero de 2019, consistente en rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia, porque se configuró la caducidad de la demanda, por lo tanto, lo procedente será revocar la decisión tomada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, para en su lugar ordenarle al *A quo* que continúe con el estudio de la admisión de la demanda.

Por lo que se,

RESUELVE:

⁸ Folios 19 y 20 del expediente.

⁹ Literal d), numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

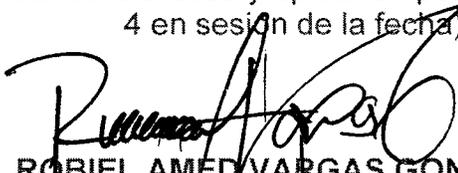
¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Expediente: 0043-13, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

PRIMERO: Revocar el auto proferido el día veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta, mediante el cual se decidió rechazar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetrada 19 de diciembre de 2018, para en su lugar ordenarle al A quo que continúe con el estudio de la admisión de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

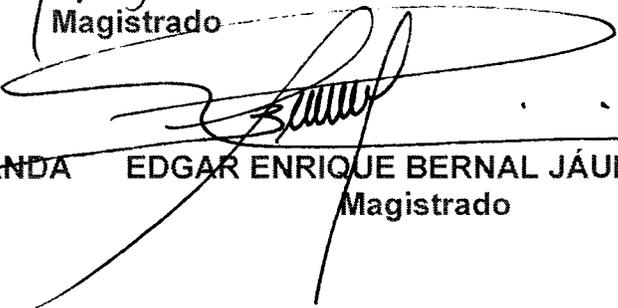
SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral No. 4 en sesión de la fecha)


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
 Magistrado


HERNANDO AYALA PEÑARANDA
 Magistrado


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
 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 17 JUL 2019


 Secretario General