



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-23-33-000-2019-00190-00
Demandante: OCTAVIANO PEÑARANDA ROLON
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL. UGPP

En atención al informe secretarial que antecede y dado que la demanda de la referencia, cumple con los requisitos formales señalados en la Ley 1437 de 2011 "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", la misma deberá admitirse y ordenarse el trámite de ley.

Radicado

En consecuencia, se dispone:

Demandado

1.- Admitir la demanda interpuesta por el señor **Octaviano Peñaranda León**, a través de apoderado debidamente constituido, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en contra de la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**.

2. Ténganse como actos administrativos demandados los siguientes: 1º. Liquidación Oficial No. RDO-2017-03117 del 31 de agosto de 2017, proferida por el Subdirector de Determinación de Obligaciones de la UGPP, mediante la cual se profirió al señor Octaviano Peñaranda León, liquidación por inexactitud en las autoliquidaciones y pagos de aportes al SSSI por los periodos de enero a diciembre de 2014 y se impone una sanción;. 2º. - Resolución No. RDC-2018-01086 del 20 de septiembre de 2018, suscrita por el Director de la UGPP, mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración en contra de la Liquidación Oficial No. RDO-2017-03117 del 31 de agosto de 2017.

3. Notifíquese por estado electrónico este proveído a la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

4. Notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA.

5. Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Procurador Delegado para actuar ante este Tribunal (Reparto) y a la Agencia Nacional Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del CGP.

6. Vencido el término señalado en el inciso 5 del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, sin necesidad de fijación alguna por Secretaría, **córrase traslado de la**

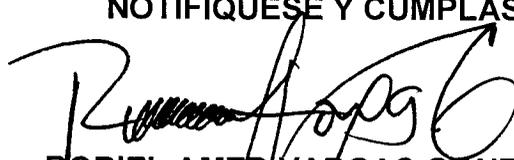
demanda, a la entidad demandada y al Ministerio Público por el término de treinta (30) días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

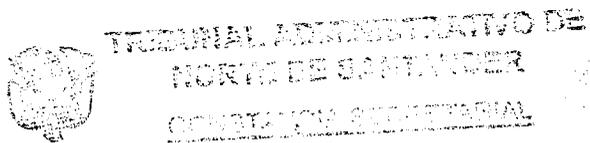
7. **Fijese** la suma de **cuarenta mil pesos (\$40.000.00)**, conforme al numeral 4º del artículo 171 del C.P.A.C.A, como gastos ordinarios del proceso, los cuales deberán ser consignados por la parte accionante en la cuenta de gastos del proceso que al efecto tiene el Tribunal en el Banco Agrario de la ciudad, **Nro. 45101200201-9, convenio No. 11275**, para lo cual se señala un término de diez (10) días contados a partir de la notificación del presente auto; con la prevención de lo señalado en el artículo 178 ibídem.

8. **Adviértase** a la entidad pública demandada, que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, durante el término para dar respuesta de la demanda deberán allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto de este proceso que se encuentren en su poder. La inobservancia de dicho deber constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario (a) encargado (a) del asunto.

9. **Reconózcase** personería para actuar al doctor Carlos Mario Salgado Morales, como apoderado de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido, obrantes a folio 47 del expediente.

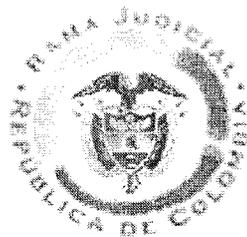
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
MAGISTRADO



Por anotación en POSTA, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy 19 III 2019


Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN	: 54-001-33-33-004-2018-00142-01
ACTOR	: JUDITH JOSEFA MORA COLMENARES
DEMANDADO	: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA
ACCIÓN	: REPARACIÓN DIRECTA

Con fundamento en lo establecido en el Artículo 244 del C.P.A.C.A., procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra el auto proferido el 19 de marzo de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta, por medio del cual se rechazó la demanda por caducidad del medio de control, previos los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día 30 de abril de 2018, la señora Judith Josefa Mora Colmenares, mediante apoderada judicial presentó demanda en uso del medio de control de reparación directa, por medio de la cual solicitó que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las entidades accionadas, con ocasión de la emisión de dos Decretos 0120 de 2016, y la omisión de emitir el Decreto 0506 de 2016 sin derogar el Decreto 0120, dejando vigente el Decreto 0120 que fue indebidamente publicado, pues existían dos versiones del mismo.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordene la reparación de los perjuicios morales y materiales así como el reconocimiento de los intereses corrientes y la indexación de las sumas respectivas.

1.2. Del auto apelado

El día 19 de marzo de 2019¹, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, profirió la siguiente decisión:

**"PRIMERO: Rechácese de plano la demanda presentada por la señora Judith Josefa Mora Colmenares, a través de apoderada judicial por caducidad del medio de control, conforme lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.
(...)"**

¹ A folios 121 a 123 del Cuaderno Principal.

Como fundamento de su decisión, el *A-quo* señaló en primer lugar que, existe un medio de control determinado en la Ley 1437 de 2011 para cada tipo de pretensión, el cual se enmarca de acuerdo a los supuestos fácticos de cada caso, y en el presente, el daño antijurídico alegado por la demandante es el resultado de la expedición por parte del señor Alcalde de los Decretos 0120 de 2016 y 506 de 2016 y su ejecución por parte de la Policía Nacional.

Así pues, explicó la juez de primera instancia que la voluntad de la administración se manifiesta entre otras formas, a través de la expedición de actos administrativos, y que la operación administrativa comprende por regla general la ejecución de dicho acto, razón por la cual se encuentran ligadas en aquellos eventos en los que el perjuicio reclamado tiene su origen en la ilegalidad del acto administrativo y su ejecución sólo se limita a su acatamiento, evento en el cual, el medio de control a incoar es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por todo lo anterior, concluyó el *A-quo* que el medio de control que corresponde al contexto fáctico y jurídico planteado en la demanda, es el de nulidad y restablecimiento del derecho, pues reiteradamente se cuestiona la legalidad de los actos administrativos como causa del daño antijurídico. Partiendo de tal afirmación, y de acuerdo a lo obrante en el expediente, resolvió que lo procedente era rechazar la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad, toda vez que el accionante contaba con el término cuatro (4) meses a partir de la publicación del Decreto 0506 de 2016 para presentarla, esto es, hasta el 16 de agosto de 2016, sin embargo, la demanda fue presentada el 30 de abril de 2018.

1.3. Del recurso de apelación

La apoderada de la parte actora, presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada por el *A-quo*, defendiendo que el medio de control incoado y procedente en el presente caso es el de reparación directa, pues las pretensiones de la demanda no van dirigidas a lograr la nulidad del Decreto 0120 de 2016, sino la reparación de los daños sufridos por la demandante con ocasión de los procedimientos indebidos y arbitrarios por parte de la fuerza pública en cabeza de la Policía Nacional.

Adicionalmente, señaló que:

"Es claro su señoría que con la Demanda promovida por mi representada, no se busca la Nulidad del Acto administrativo, (Decreto 0120 de 16 de Febrero de 2016) por este (sic) fue corregido mediante el Decreto 0506 del 15 de Abril de 2016, donde la Administración Municipal de San José de Cúcuta admite el error cometido y el Decreto 0506 del 15 de Abril de 2016 deja sin efecto el Decreto 0120 del 16 de Febrero de 2016; de allí que no se haya solicitado la nulidad porque, al momento de la presentación de la demanda ya no existía y así lo hice saber en los hechos de la demanda.

(...)

OCTAVO: *El Decreto 0120 del 16 de Febrero de 2016, por sí solo no es vulneratorio de derecho, lo que vulneró los derechos de mi representada, fue que existieran dos versiones del mismo (sic) decreto (Por error de la administración) y que se le aplicara el decreto 0120 del 16 de Febrero de 2016, el que no reposaba en el archivo de la alcaldía, que no había sido debidamente publicado y que consecuentemente tenía como horarios, los más perjudiciales para la actividad comercial desarrollada por mi representada."*

Finalmente, sobre la operancia de la caducidad, resaltó que dicho fenómeno operó frente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no para la de reparación directa, que es la incoada en el presente caso.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el Artículo 153 del C.P.A.C.A., corresponde a esta Corporación conocer de los recursos de apelación formulados en los procesos tramitados en primera instancia por los jueces administrativos, en concordancia con lo establecido en el numeral 3 del Artículo 244 de la misma disposición legal.

Por otro lado, se tiene que de conformidad con lo establecido en el Artículo 125 del C.P.A.C.A., corresponde a la Sala de decisión resolver el presente asunto, por tratarse de un recurso de apelación contra un auto que rechazó la demanda.

2.2. De la oportunidad y trámite del recurso de apelación

En el presente caso, se tiene que el auto proferido el diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019), es susceptible de ser impugnado mediante recurso de apelación conforme lo previsto en el numeral 1 del Artículo 243 del C.P.A.C.A. Ahora bien, respecto a la oportunidad y trámite del mismo, es preciso hacer referencia al contenido del Artículo 244 del ibídem, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. *La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*

(...)

2. *Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.*

3. *Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano."*

Del análisis del expediente, se advierte que la providencia apelada fue notificada por estado el día 20 de marzo de 2019, por lo que el término

para presentar el recurso de apelación iba desde el 21 hasta el 26 de marzo de 2019, fecha en la que efectivamente fue radicado en la secretaría del Juzgado.

Por lo anterior, procederá la Sala a resolverlo de fondo, teniendo en cuenta los planteamientos esgrimidos en el recurso sobre el medio de control idóneo en el presente caso y la operancia del fenómeno de caducidad.

2.3. Asunto a resolver

Corresponde a la Sala establecer si hay lugar a revocar el auto proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta el 19 de marzo de 2019, a través del cual se rechazó la demanda, o si por el contrario, debe confirmarse tal decisión por haber operado el fenómeno de la caducidad.

Para resolver lo anterior, deberá determinarse cuál es el medio de control indicado para dar trámite a la demanda interpuesta por la señora Judith Josefa Mora Colmenares, y en consecuencia, si operó o no el fenómeno de caducidad.

2.4. Del medio de control adecuado

Previo a estudiar las particularidades del caso concreto, considera la Sala que es preciso hacer referencia al contenido del Artículo 42 del Código General del Proceso, sobre los deberes del Juez, pues en su numeral 5, se dispuso lo siguiente:

"Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

(...)

5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia." (Negrita y subrayado fuera de texto)

De la norma anteriormente transcrita, se advierte que al Juez no le es dado conformarse con lo que de forma expresa y literal se expone en la demanda, pues debe estudiarla e interpretarla de modo que sea posible comprender la real pretensión del demandante y de esta manera, resolver de fondo el asunto. Sobre el punto en mención, el Consejo de Estado en providencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicado número: 25000-23-36-000-2015-02529-01(57380), señaló lo siguiente:

"El juez en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, debe interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción.

Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos

de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Dicho lo anterior, es claro que durante el curso del proceso y especialmente al realizar el estudio de admisibilidad de la demanda, el juez de conocimiento debe realizar una lectura armónica de los supuestos fácticos y jurídicos que enmarcan el asunto puesto a consideración, en aras de comprender más allá de la literalidad del escrito, el objeto de esta y en tal sentido, adoptar la vía procesal que corresponda.

Ahora bien, sobre la adecuación del medio de control idóneo para cada situación específica, el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 17 de noviembre de 2016. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00654-01(55744), señaló lo siguiente:

“(…)

1.1. Con el fin de ejercer un control sobre las diferentes manifestaciones de la administración que generan algún tipo de perjuicio –actos, acciones, omisiones, ocupaciones, entre otros- el legislador creó diferentes medios o vías de acceso a la jurisdicción que se determinan, en lo que respecta a su ejercicio, por la fuente u origen del daño causado.

1.2. Así, cuando el daño causado proviene de un hecho, acción u omisión de entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones públicas corresponde ejercer al afectado el medio de control de reparación directa, mientras que ante la existencia de actos administrativos generadores de daño tendría que ejercerse, por regla general, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyos requisitos y caducidad varían en comparación con el mecanismo de reparación directa.

1.3. Ahora bien, en lo que respecta al daño cuyo origen deriva de un acto administrativo, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A.C.A.- indica que el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual fue creado con el objetivo de cuestionar la legalidad de la decisión adoptada² y obtener la reparación de los perjuicios derivados de aquella³.

1.4. Por otro lado, según lo establecido en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, el medio de control de reparación directa procede, entre otros casos, cuando la fuente del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma, es decir que en principio este no fue el mecanismo que estableció el legislador para debatir la legalidad de decisiones contenidas en actos administrativos. No obstante,

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2014, exp., n.º 47830, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp., n.º 38820, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

vale la pena mencionar que en algunos eventos específicos se ha permitido la procedencia del medio de control de reparación directa a pesar de existir actos administrativos de por medio, tal como se explicará más adelante.

1.5. Si bien es cierto que los medios de control previamente analizados –reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho- tienen un aspecto en común, esto es, que tienen un propósito reparatorio, para su procedencia el origen del daño resulta determinante y, por tal razón, sus requisitos formales, la técnica de formulación de las pretensiones, los argumentos de inconformidad y los términos de caducidad son diferentes en cada uno de ellos⁴. Al respecto, se reitera que mientras el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho encuentra fundamento en la nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de daños que hubiera producido, el medio de control de reparación directa tiene por objeto indemnizar los perjuicios causados, entre otros eventos; por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

(...)

1.12. **A pesar de las diferencias antes enunciadas, existen eventos excepcionales en los cuales esta Corporación ha aceptado la posibilidad de formular la demanda de reparación directa a pesar de estar de por medio actos administrativos generadores de daño, dichas excepciones son las siguientes:** i) cuando se pretende la reparación de los daños causados por un acto administrativo frente al cual no se pide nulidad –daño especial-, ii) cuando la fuente del daño proviene de la ejecución de un acto administrativo general que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre y cuando no se haya consolidado la situación jurídica, y **iii) cuando el daño proviene de la ejecución irregular de un acto administrativo.** A continuación se analizará con mayor detenimiento cada una de estas excepciones:

(...)

1.15. **Cuando el daño proviene de la ejecución irregular de un acto administrativo**

1.15.1. El tercer supuesto bajo el cual procede de manera excepcional el medio de control de reparación directa **tiene que ver con aquellos casos en los cuales se alega que la causa del perjuicio no es propiamente el acto sino su ejecución irregular, evento en el cual se configura una operación administrativa ilegal cuya indemnización puede ser reclamada vía reparación directa,** por no encontrarse tampoco en debate la legalidad del acto administrativo sino los daños causados con su cumplimiento defectuoso o irregular.

1.15.2. Sobre el particular es pertinente indicar que existe una operación administrativa ilegal cuando, por ejemplo, se va más allá de la orden emitida y se excede de lo ordenado en detrimento directo del afectado, tal como sucede en el evento en que se expide un acto administrativo que ordena demoler el segundo piso de un edificio y, erradamente, se derriba toda la edificación, situación que da lugar a la configuración de un daño antijurídico cuyos perjuicios pueden ser reclamados a través del ejercicio del medio de control de reparación directa. Sobre este evento la jurisprudencia de esta Corporación ha afirmado lo siguiente:

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp., nº 31297, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

Al contrario, cuando la ejecución de un acto administrativo es irregular, esto es, cuando excedió lo contenido en el acto o cuando no se notificó o se notificó de manera indebida o se ejecutó de manera anticipada, los actos materiales de la ejecución constituyen una operación administrativa ilegal que, en caso de haber causado perjuicios, da lugar a una acción de reparación directa. (Negrita y subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, se tiene que cuando las pretensiones de la demanda involucran actos administrativos generadores del daño, por regla general debe acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, de forma excepcional es viable acudir a la reparación directa aunque estén involucrados actos administrativos, siempre que se trate de alguna de las situaciones estudiadas por el Consejo de Estado, a saber: i) cuando se pretende la reparación de los daños causados por un acto administrativo frente al cual no se pide nulidad -daño especial-, ii) cuando la fuente del daño proviene de la ejecución de un acto administrativo general que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre y cuando no se haya consolidado la situación jurídica, y iii) cuando el daño proviene de la ejecución irregular de un acto administrativo.

En el presente caso, del análisis de la demanda se advierte que conforme fue advertido por el *A-quo*, quedó allí consignado que el objeto de la misma es que "se les declare administrativa y pecuniariamente responsables a los demandados por el daño antijurídico de que son responsables por la acción (emitir dos decretos 0120 del 16 de Febrero de 2016) y omisión (emitir el decreto 0506 del 16 de Abril de 2016 sin derogar los Decretos 0120 del 16 de Febrero de 2016)", por lo que en principio y tal como lo hizo la Juez de primera instancia, puede pensarse que lo que se ataca es el acto administrativo en sí mismo (Decretos 0120 y 0506 de 2016) como origen del daño antijurídico alegado, y en consecuencia, que el medio de control idóneo es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

No obstante, al realizar una lectura integral del escrito de la demanda, considera la Sala que lo que se cuestiona y reprocha no es la legalidad de los decretos aludidos como causa del daño antijurídico. Por el contrario, lo que reprocha la parte actora es la falla de la administración en cabeza de la Policía Nacional, al ejecutar operaciones arbitrarias en contra de la actividad comercial de la demandante, amparándose bajo el supuesto cumplimiento de un acto administrativo expedido por la Alcaldía Municipal.

De esta manera, es claro para esta Sala de Decisión que el origen del daño no son los actos administrativos contenidos en los Decretos No. 0120 y 0506 de 2016, pues conforme lo planteado en la demanda y señalado en el recurso de apelación, no existe controversia alguna sobre la legalidad y/o conveniencia de las disposiciones adoptadas por la Alcaldía Municipal referentes a la reglamentación del horario de atención al público *en establecimientos de comercio que venden licor para*

consumo en el sitio, sino frente a los procedimientos adelantados por la Policía Nacional aún en contravía del mismo Decreto expedido por la Alcaldía Municipal, durante los cuales presuntamente ordenaron el cierre del establecimiento de comercio propiedad de la demandante, en horarios en los que le estaba permitido laborar según el Decreto expedido por la Alcaldía Municipal.

Así las cosas, es evidente que el presente asunto se enmarca dentro de aquellas situaciones excepcionales en las que es procedente acudir al medio de control de reparación directa, aún estando involucrados actos administrativos, pues conforme fue dicho en precedencia, lo que se cuestiona en el *sub lite* es la ejecución irregular de los Decretos No. 0120 y 0506 de 2016, a través de la cual se configuró una operación administrativa ilegal generadora de daños, cuya indemnización puede ser reclamada vía reparación directa, como quiera que no se encuentra en debate la legalidad de dichos actos administrativos.

Ahora bien, una vez aclarado que la demanda debe tramitarse bajo el medio de control de reparación directa, es preciso mencionar respecto a la operancia de la caducidad, que dicho término debe contarse a partir del 16 de abril de 2016 (fecha en que fue notificado el Decreto No. 0506 de 2016)⁵, por lo que en principio, los dos (2) años para presentar la demanda iban hasta el 16 de abril de 2018, conforme lo establecido en el Artículo 164 del C.P.A.C.A.

No obstante, dicho término fue interrumpido con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el día 01 de febrero de 2018, (fecha en la cual la demandante aún contaba con 2 meses y 15 días para presentar la demanda) y reanudado el 10 de abril del mismo año (fecha en la que fue declarada fallida la audiencia de conciliación).

Por todo lo anterior, y en virtud a que la demanda fue presentada el día 30 de abril de 2018, advierte la Sala que fue interpuesta en término y por tanto no operó el fenómeno de la caducidad del medio de control de reparación directa.

2.5. Conclusión

Por lo antes mencionado, encuentra la Sala que lo procedente en este caso es revocar la decisión contenida en el auto proferido el 19 de marzo de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta, por medio del cual se rechazó la demanda.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

⁵ Folios 114 a 119 del Cuaderno Principal.

RESUELVE:

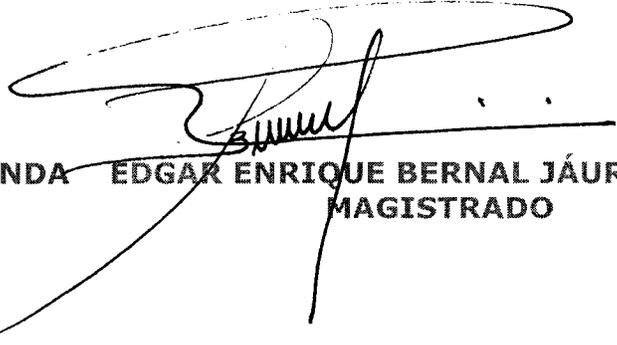
PRIMERO: REVOCAR la decisión contenida en el auto proferido el 19 de marzo de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta, por medio del cual se rechazó la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA

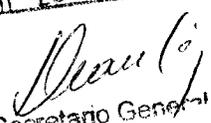

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
MAGISTRADO


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
MAGISTRADO

T.B.

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

Por anotación en **ESTADO**, notifíco a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy 19. III. 2019


Secretario General



7A

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO	: 54-001-33-33-004-2018-00320-01
DEMANDANTE	: ALDEMAR FAJARDO PEREZ
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER - COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con fundamento en lo establecido en el Artículo 244 del C.P.A.C.A., procede la Sala a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido el día 12 de diciembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, a través del cual se rechazó la demanda, previos los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día 19 de septiembre de 2018, el señor ALDEMAR FAJARDO PEREZ, mediante apoderado judicial presentó demanda en uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual solicitó la nulidad de la Resolución No. 2333 de 2017, a través de la cual, la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander decidió negar el reconocimiento y pago del costo acumulado que ha sido generado desde el 01 de enero de 2016 en la categoría 2B del Escalafón Docente, y hasta el 12 de julio de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad a reconocer y pagar el ascenso o reubicación salarial en el grado 2B del Escalafón Docente, a partir del 01 de enero de 2016 y hasta el 12 de julio de 2017, conforme los salarios establecidos en los Decretos 120 de 2016 y 980 de 2017.

Mediante providencia de fecha 23 de octubre de 2018¹, el *A-quo* ordenó inadmitir la demanda concediendo diez (10) días a la parte demandante para que subsanara en los siguientes términos:

¹ A folio 39 del Cuaderno Principal.

- ✓ *Acorde a lo dispuesto en numeral 2° del artículo 161 citado, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, por lo que resulta necesario que el libelista acredite la interposición del recurso de apelación ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal como se enuncia en el acto acusado resultaba procedente.*
- ✓ *En caso de haberse proferido un pronunciamiento de parte de la entidad en mención, deberá aportarse copia del acto administrativo que resuelve el recurso de apelación interpuesto, así como también deberá allegarse la constancia de notificación del mismo.*
- ✓ *Ahora bien, si la autoridad en comento a la fecha no ha proferido ninguna respuesta, es necesario que se modifiquen las pretensiones de la demanda, en el entendido que se debe aducir la configuración de un acto ficto o presunto generado del silencio administrativo de la misma, el cual por demás también debe ser objeto de control de legalidad."*

Dentro del término legal concedido, el apoderado de la parte demandante mediante memorial de fecha 06 de noviembre de 2018², subsanó el escrito de la demanda, la cual fue integrada en un solo documento.

1.2. Del auto apelado

El día 12 de diciembre de 2019³ el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, profirió la siguiente decisión:

"PRIMERO: RECHAZAR la demanda de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia"

Como fundamento de su decisión, el *A-quo* señaló que aunque la parte actora dentro del término legal allegó escrito en el que manifiesta atender las correcciones advertidas por el Despacho, lo cierto es que en tal escrito no se corrigieron los yerros que impiden dar curso al proceso, lo que implica que la demanda deba ser rechazada.

Así mismo, señaló que debido a la modificación de la demanda inicial realizada por la parte actora al individualizar como acto administrativo demandado, el oficio No. SAC2018RE2367 del 9 de abril de 2018, se genera un nuevo objeto de controversia, pues debió determinar el Despacho ¿cuál era el acto a demandar?, llegando a la conclusión que este debió ser la Resolución No. 2333 del 31 de julio de 2017, por ser el acto que define la situación jurídica objeto de controversia.

² A folios 41 a 56 del Cuaderno Principal.

³ A folios 58 y 59 del Cuaderno Principal.

Por lo anterior, como consecuencia de la indebida individualización del acto demandado, el incumplimiento a las órdenes de subsanación dispuestas en la inadmisión de la demanda, el incumplimiento del requisito de procedibilidad referente a la interposición del recurso obligatorio en sede administrativa, y el haber operado el fenómeno de la caducidad del medio de control, consideró el Despacho que lo procedente era disponer el rechazo de la demanda.

1.3. Del recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada en primera instancia, el cual sustentó señalando en primer lugar que contra la Resolución No. 2333 de 2017 expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander no existe inconformidad alguna y por tanto no es objeto de discusión en sede judicial, pues allí sólo se dispuso la reubicación de nivel salarial del demandante, y por el contrario, de acuerdo al escrito de la demanda, lo que se busca en el presente caso es la nulidad del Oficio No. SAC2018RE2367 del 9 de abril de 2018, a través del cual la Secretaría de Educación Departamental negó el reconocimiento y pago del costo acumulado.

De acuerdo con lo anterior, mencionó que en la demanda se incurrió en error involuntario al individualizar el acto administrativo demandado, pues las pretensiones están dirigidas a la declaratoria de nulidad del Oficio No. SAC2018RE2367 de 2018, y erróneamente se hizo alusión al acto administrativo contenido en la Resolución No. 2333 de 2017, situación que no ocurrió al presentar la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial I para Asuntos Administrativos, donde se señaló adecuadamente el acto administrativo objeto de discusión.

Finalmente, señaló que:

*"Antes de iniciar el presente medio de control, se realizó el trámite administrativo y prejudicial, que está establecido en el C.P.A.C.A., como fue la presentación de la reclamación administrativa el día 16 de marzo de 2018, posterior a ello, la respuesta a dicha reclamación se notificó el día 09 de abril de 2018, para presentar solicitud de conciliación extrajudicial el día 30 de julio de 2018, **momento a partir del cual están suspendidos los términos de caducidad**, al momento de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, se contaban con 10 días, términos que se reanudarían al día siguiente de la celebración de la audiencia de conciliación la cual tuvo lugar el día 18 de septiembre de 2018, siendo a la fecha de celebración de la anterior audiencia se contaba aún con 9 días, se presentó la demanda en la oficina de apoyo judicial el día 19 de septiembre de 2018. Razones anteriores por las cuales no entiende el suscrito porque el a-quo determina la caducidad*

del medio de control, teniendo en cuenta un acto administrativo que reconoce el ascenso y que no es el asunto que se debate. (...)"

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el Artículo 153 del C.P.A.C.A., corresponde a esta Corporación conocer de los recursos de apelación formulados en los procesos tramitados en primera instancia por los jueces administrativos, en concordancia con lo establecido en el numeral 3 del Artículo 244 de la misma disposición legal.

Por otro lado, se tiene que de conformidad con lo establecido en el Artículo 125 del C.P.A.C.A., corresponde a la Sala de decisión resolver el presente asunto, por tratarse de un recurso de apelación contra un auto que rechazó la demanda.

2.2. De la oportunidad y trámite del recurso de apelación

En el presente caso, se tiene que el auto proferido el 12 de diciembre de 2018, es susceptible de ser impugnado mediante recurso de apelación conforme lo previsto en el numeral 1 del Artículo 243 del C.P.A.C.A. Ahora bien, respecto a la oportunidad y trámite del mismo, es preciso hacer referencia al contenido del Artículo 244 del ibídem, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Si el auto se notifica por estado, **el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió.** De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano." (Negrita y subrayado fuera de texto).

Del análisis del expediente, se advierte que la providencia apelada fue notificada por estado el día 13 de diciembre de 2018, por lo que el término para interponer el recurso iba hasta el día 19 de diciembre de 2018, como quiera que durante el día 17 de diciembre no corrieron términos.

Así pues, como quiera que el recurso fue radicado ante el A-quo el 19 de diciembre de 2018, es decir, dentro del término legal previsto para el

efecto, procederá la Sala a resolverlo de fondo teniendo en cuenta los planteamientos esgrimidos en este, y lo obrante en el expediente.

2.3. Asunto a resolver

Corresponde a la Sala establecer si hay lugar a revocar el auto proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta el 12 de diciembre de 2018, por no ser procedente el rechazo de la demanda, o si por el contrario, debe confirmarse tal decisión por haber operado la caducidad del medio de control.

Para resolver lo anterior, deberá determinarse en primer lugar cuál es el acto administrativo objeto de cuestionamiento en el presente caso, a partir de una interpretación integral del libelo de la demanda, en aras de establecer las pautas para contabilizar adecuadamente el término de caducidad del medio de control, y el cumplimiento de los demás requisitos de procedibilidad de la acción.

2.4. Del acto administrativo demandado

Previo a estudiar las particularidades del caso concreto, considera la Sala que es preciso hacer referencia al contenido del Artículo 42 del Código General del Proceso, sobre los deberes del Juez, pues en su numeral 5, se dispuso lo siguiente:

"Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

(...)

5. *Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e **interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto.** Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia."* (Negrita y subrayado fuera de texto)

De la norma anteriormente trascrita, se advierte que al Juez no le es dado conformarse con lo que de forma expresa y literal se expone en la demanda, pues debe estudiarla e interpretarla de modo que sea posible comprender la real pretensión del demandante y de esta manera, resolver de fondo el asunto. Sobre el punto en mención, el Consejo de Estado en providencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicado número: 25000-23-36-000-2015-02529-01(57380), señaló lo siguiente:

*"El juez en el marco de su autonomía funcional y **siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, debe interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda** extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción.*

*Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, **de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración**, eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda.” (Negrita y subrayado fuera de texto)*

Dicho lo anterior, es claro que durante el curso del proceso y especialmente al realizar el estudio de admisibilidad de la demanda, el juez de conocimiento debe realizar una lectura armónica de los supuestos fácticos y jurídicos que enmarcan el asunto puesto a consideración, en aras de comprender más allá de la literalidad del escrito, el objeto de esta y en tal sentido, adoptar la vía procesal que corresponda.

En el presente caso, del análisis de la demanda se advierte que en la pretensión primera se solicita la nulidad de la Resolución No. 2333 del 31 de Julio de 2017, por lo que es entendible que el *A-quo* haya considerado que dicha resolución es el acto administrativo demandado.

No obstante, al seguir la lectura de dicha pretensión, específicamente donde se menciona el objeto de la mencionada resolución y compararla con el contenido del acto mismo que obra a folios 16 y 17 del expediente, fácilmente puede advertirse que la Resolución No. 2333 del 31 de Julio de 2017, no resolvió ninguna solicitud de reconocimiento y pago del costo acumulado, sino la reubicación de nivel salarial del demandante en el escalafón docente por haber superado el curso de capacitación.

Por lo anterior, de conformidad con lo expuesto en los demás acápites de la demanda y tal como lo señaló el juez de primera instancia, es claro que el objeto de la misma se centra en el reconocimiento y pago del “costo acumulado” por el período comprendido entre el 01 de enero de 2016 y el 12 de julio de 2017, y no en la reubicación del nivel salarial contenida en la Resolución No. 2333 de 2017, por lo que de ninguna manera puede tomarse dicha resolución como el acto administrativo demandado, pues aunque fue mencionado dentro de las pretensiones de la demanda, su objeto no corresponde al que es materia de cuestionamiento.

Así pues, se advierte que el acto administrativo demandado en el presente caso es el contenido en el Oficio No. SAC2018RE2367, a través del cual la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander, negó el reconocimiento y pago del costo acumulado, por tratarse de un beneficio previsto exclusivamente para los educadores que superaron la Evaluación de Carácter Diagnóstico Formativa.

2.5. Del rechazo de la demanda

De acuerdo a lo anterior, es claro que el acto administrativo sometido a control judicial es el Oficio No. SAC2018RE2367, sin embargo, teniendo en cuenta que no obra en el expediente constancia alguna de notificación que permita la adecuada contabilización del término de caducidad, mal podría esta Sala de decisión emitir pronunciamiento al respecto.

Así las cosas, se advierte que ante tal situación, y la confusión que pudiera generar la indebida individualización del acto administrativo en el acápite de las pretensiones de la demanda, *máxime* cuando en la constancia expedida por la Procuraduría 98 Judicial I para Asuntos Administrativos⁴, se menciona un acto administrativo distinto, y en su oportunidad la parte demandante reformó las pretensiones de la demanda, el *A-quo* debió realizar el estudio de admisibilidad de la misma, tomando como acto administrativo el Oficio No. SAC2018RE2367 requiriendo a la parte demandante en tal sentido para que allegara constancia de notificación del mismo, que permita realizar el respectivo estudio de caducidad.

En consecuencia, en virtud de la prevalencia de los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, esta Sala de Decisión ordenará revocar la decisión adoptada por el *A-quo*, para que provea sobre la admisión o inadmisión de la demanda, previo el análisis de los demás requisitos de procedibilidad previstos en el Artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

2.6. Conclusión

Por lo antes mencionado, encuentra la Sala que lo procedente en este caso es revocar la decisión contenida en el auto proferido el 12 de diciembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, por medio del cual rechazó la demanda.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión contenida en el auto proferido el 12 de diciembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, por medio del cual rechazó la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, y en

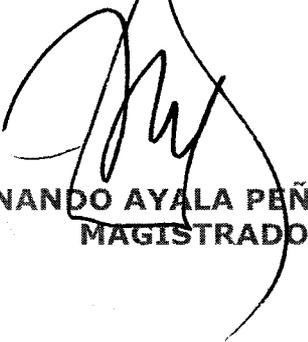
⁴ A folios 33 y 34 del Cuaderno Principal.

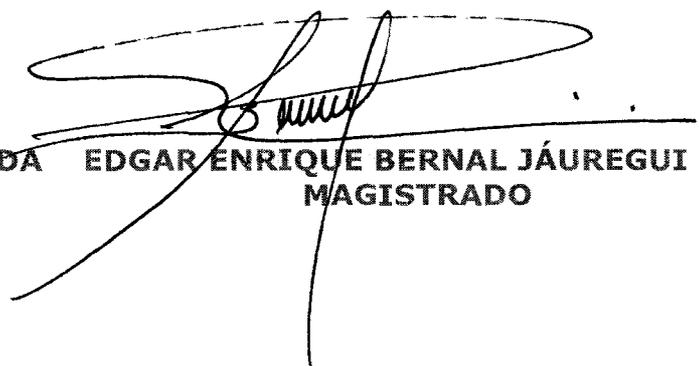
consecuencia, **ORDENAR** al Juzgado que provea sobre la admisión o no de la demanda previo al cumplimiento de los demás requisitos de procedibilidad previstos en el Artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA


HERNANDO AYALA PEÑARANDA
MAGISTRADO


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
MAGISTRADO

T.B.


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 19 JUL 2018

Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, diez (10) julio de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN	:54-001-33-33-006-2018-00524-01
ACTOR	:ALBA SUSANA ROMERO CONTRERAS
DEMANDADO	:NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ACCIÓN	:NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con fundamento en lo establecido en el Artículo 244 del C.P.A.C.A., procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto proferido en audiencia inicial el once (11) de marzo dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta, por medio del cual se rechazó la demanda, previos los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), la señora Alba Susana Romero Contreras, mediante apoderado judicial presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto, que fue configurado el día 25 de enero de 2018.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, solicitó el despacho favorable de las siguientes pretensiones:

"1. Se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 25 de enero de 2018, frente a la petición realizada el día 24 de octubre de 2017 por la cual se negó el ajuste a la CESANTÍA DEFINITIVA a mi mandate, con la inclusión de la Prima de Servicios, como factor salarial para la liquidación, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Decreto 1045 de 1978, mediante el cual se negó el derecho al reconocimiento y pago de manera correcta la cesantía definitiva a mi representado y la correspondiente sanción por mora solicitada.

2. Se declare que mi mandante tiene derecho a que **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague el reajuste a la **CESANTÍA DEFINITIVA**, con la inclusión de la Prima de Servicios como factor salarial para la liquidación, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Decreto 1045 de 1978.

3. Se declare el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN MORATORIA** que existe por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía definitiva ante la entidad y hasta el pago efectivo de esta prestación, incluyendo esos factores salariales (prima de servicios), como lo establece el Decreto Nacional 1545 de 2013.”

1.2. Del auto apelado

En el auto cuestionado, el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora Alba Susana Romero Contreras, contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio, al considerar que había operado la caducidad, por encontrarse vencidos los términos señalados en el artículo 164 numeral 2 literal d) del C.P.A.C.A.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al ser el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la demandante, era obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las misma, es decir, la Resolución 01526 del 02 de mayo de 2016, acto este que tiene carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi dos años después de la expedición del reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto y sus respuestas ya sean

expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tiene carácter de periodicidad.

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

1.3. Del recurso de apelación

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

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

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

Por lo anterior, concluye señalando que antes de iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el C.P.A.C.A., que se basó en la prestación de la reclamación administrativa el día 24 de octubre de 2017, transcurridos tres meses sin respuesta se configuró el silencio administrativo negativo el día 25 de enero de 2018, como dicho acto por su condición de ficto no es susceptible de que se configure la caducidad para el ejercicio del medio de control, no podía concluirse que el medio de control fue presentado extemporáneamente como lo hizo el juez al rechazar la demanda.

1. CONSIDERACIONES

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

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

1.2. Marco jurídico.

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

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

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

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción (..) En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto¹".*

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura

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

de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda respectiva dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

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

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

1.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente Alba Susana Romero Contreras, prestó sus servicios al Departamento Norte de Santander desde el 02 noviembre de 1973 hasta el 14 de septiembre de 2015, razón por la cual, mediante **Resolución 01526 del 02 de mayo de 2016** (fl. 22 - 23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 01526 del 02 mayo de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

² Consejo de Estado, *Ibidem*.

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

"Mediante circular No. 18 con radicado interno 2017017526561 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

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

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

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

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

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

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

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en:

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

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

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

Así las cosas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 01526 del 02 de mayo de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas, siempre y cuando no se hubiera configurado prescripción de los derechos.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, el accionante por medio de derecho de petición de fecha 24 de octubre de 2017 (fls. 17-18), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo de la parte demandante, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo

<http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

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

constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

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

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

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

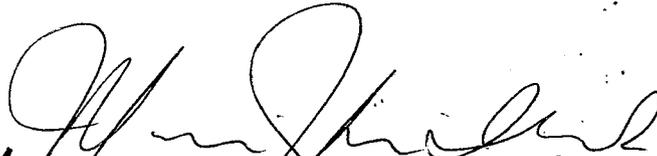
PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido el día **11 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

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

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

(Aprobado y discutido en Sala de Decisión de la fecha)


MARÍA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA

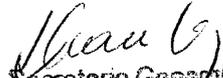

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado


EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado

Diego L.


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSEJO SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m., hoy 19 JUL 2019


Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, diez (10) julio de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN	:54-001-33-33-002-2019-00017-01
ACTOR	:ROSALBA PEREZ DE VERGEL
DEMANDADO	:NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ACCIÓN	:NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con fundamento en lo establecido en el Artículo 244 del C.P.A.C.A., procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto proferido en audiencia inicial el veinte (20) de febrero dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, por medio del cual se rechazó la demanda, previos los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019), la señora Rosalba Pérez de Vergel, mediante apoderado judicial presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto, que fue configurado el día 23 de febrero de 2018.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, solicitó el despacho favorable de las siguientes pretensiones:

"1. Se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 23 de febrero de 2018, frente a la petición realizada el día 22 de noviembre de 2017 por la cual se negó el ajuste a la CESANTÍA DEFINITIVA a mi mandate, con la inclusión de la Prima de Servicios, como factor salarial para la liquidación, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Decreto 1045 de 1978, mediante el cual se negó el derecho al reconocimiento y pago de manera correcta la cesantía definitiva a mi representado y la correspondiente sanción por mora solicitada.

2. Se declare que mi mandante tiene derecho a que **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague el reajuste a la **CESANTÍA DEFINITIVA**, con la inclusión de la Prima de Servicios como factor salarial para la liquidación, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Decreto 1045 de 1978.

3. Se declare el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN MORATORIA** que existe por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía definitiva ante la entidad y hasta el pago efectivo de esta prestación, incluyendo esos factores salariales (prima de servicios), como lo establece el Decreto Nacional 1545 de 2013.”

1.2. Del auto apelado

En el auto cuestionado, el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por la señora Rosalba Pérez de Vergel, contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio, al considerar que había operado la caducidad, por encontrarse vencidos los términos señalados en el artículo 164 numeral 2 literal d) del C.P.A.C.A.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al verse el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de la demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las misma, es decir, la Resolución 2773 del 01 de agosto de 2016, acto este que tiene carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi dos años después de la expedición del reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

Afirma el juzgado que cuando por vía judicial se requiera la reliquidación de las cesantías, en el caso en concreto, las definitivas, debe solicitarse la nulidad del acto administrativo a través del cual se hizo el reconocimiento y liquidación de la prestación, resultando improcedente elevar peticiones posteriores al respecto y sus respuestas ya sean

expresas o fictas, si bien constituyen actos administrativos, no pueden ser objeto de control jurisdiccional ante la firmeza, ejecutoria y consolidación de la situación jurídica definida en el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de tal prestación, que como se dijo, no tiene carácter de periodicidad.

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

1.3. Del recurso de apelación

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

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

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

Por lo anterior, concluye señalando que antes de iniciar el medio de control se realizó el trámite administrativo establecido en el C.P.A.C.A., que se basó en la prestación de la reclamación administrativa el día 22 de noviembre de 2017, transcurridos tres meses sin respuesta se configuró el silencio administrativo negativo el día 23 de febrero de 2018, como dicho acto por su condición de ficto no es susceptible de que se configure la caducidad para el ejercicio del medio de control, no podía concluirse que el medio de control fue presentado extemporáneamente como lo hizo el juez al rechazar la demanda.

1. CONSIDERACIONES

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

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

1.2. Marco jurídico.

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

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

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

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, en los siguientes términos: *"Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción (..) En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto¹".*

No obstante, la misma Corporación ha manifestado que aunque la regla general es que al existir un acto administrativo demandable bajo la figura

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

de nulidad y restablecimiento del derecho, y que por ende, si se quiere discutir su contenido, debe presentarse la demanda respectiva dentro del término establecido en la norma procesal, este criterio no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta el contexto por el cual, el administrado elevó una nueva petición.

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

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

1.3. Caso en concreto

Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como la docente Rosalba Pérez de Vergel, prestó sus servicios al Departamento Norte de Santander desde el 14 abril de 1972 hasta el 01 de febrero de 2016, razón por la cual, mediante **Resolución 2773 del 01 de agosto de 2016** (fl. 21 - 23) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

El Decreto Nacional 1545 de 2013 por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente oficial, en su artículo 5 reconoce la prima de servicios como factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías. Pese a la existencia de dicho decreto, en la liquidación de la **Resolución 2773 del 01 agosto de 2016**, la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación valor alguno por concepto de la prima de servicios.

² Consejo de Estado, *Ibidem*.

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

"Mediante circular No. 18 con radicado interno 2017017526561 de 4 de mayo de 2017, se estableció la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM.

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

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

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

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

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

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

³ Fiduprevisora S.A. Comunicado N°14 de fecha 04 de octubre de 2017. Asunto: "Prima de servicios docentes régimen de retroactividad". Disponible en:

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

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

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

Así las cosas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 2773 del 01 de agosto de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas, siempre y cuando no se hubiera configurado prescripción de los derechos.

Adicionalmente, según se desprende del expediente, el accionante por medio de derecho de petición de fecha 22 de noviembre de 2017 (fls. 19-20), solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación de sus cesantías definitivas, en virtud del comunicado 014, y según el libelo de la parte demandante, a la fecha la administración no se ha pronunciado.

Al respecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con el requisito formal de demandarse el silencio administrativo ficto o presunto negativo

<http://www.fomag.gov.co/documents/2017/Comunicados/COMUNICADO%2014-PRIMA%20DE%20SERVICIOS%20DOCENTES%20REGIMEN%20RETROACTIVIDAD.pdf>

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

constituido a partir de la falta de respuesta expresa, de fondo, pertinente y congruente a la misma por parte del FOMAG, y se adjunta la prueba que lo acredita.

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

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

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

RESUELVE

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

(Aprobado y discutido en Sala de Decisión de la fecha)


MARIA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA


HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado


EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado

Diego L.


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
OFICINA DE SECRETARÍA

Por anotación en ESTADO, notifíco a las
partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m.
hoy 19 III 2010


Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, quince (15) de julio del dos mil diecinueve
(2019)

Expediente Rad.:	54-001-23-33-000-2018-00342-00
Demandante:	CARLOS EUGENIO TORRADO FLOREZ
Demandado:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 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 **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**, previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.
2. Téngase como parte demandada en el proceso de la referencia a la **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)** y como parte demandante al señor **CARLOS EUGENIO TORRADO FLOREZ**.
3. Ténganse como acto administrativo demandado el siguiente¹:
 - Oficio N° S-2018-449084-0101 de fecha 02 de agosto de 2018, "Por medio del cual se resuelve la solicitud de prima técnica por evaluación de desempeño (...)", expedido por la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
4. Notifíquese por estado la presente providencia a la parte demandante y a través de mensaje dirigido al buzón de correo electrónico del apoderado 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.
5. 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

¹ Ver folios 26-30.

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 extenderá 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.

6. 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.

7. **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.

8. **Notifíquese personalmente** la admisión de la demanda a la INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), de conformidad con lo normado en el artículo 612 del CGP, que modificó el artículo 199 del C.P.A.C.A.

Se advierte que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 175 ibídem, durante el término para dar respuesta a la presente demanda deberán allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso que se encuentren en su poder. La inobservancia de dicho deber constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.

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.

9. 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.

10. 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.

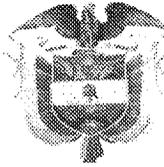
11. Reconózcase personería para actuar al profesional del derecho **HELI ABEL TORRADO TORRADO** como apoderado principal y a **LUIS ENRIQUE GALEANO PORTILLO, CLAUDIA ROCÍO SOSA VARÓN y LUIS ENRIQUE GALEANO GALEANO** como apoderados suplentes de la parte demandante, conforme y en los términos de los memoriales poder conferido, visto a folio 14 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
Magistrada


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 19 JUL 2019

Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2019-00222-01
DEMANDANTE:	SONIA LUISA NAVARRO PEREZ
DEMANDADO:	NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Visto el informe secretarial que antecede, procede la Sala a decidir el impedimento planteado por el doctor SERGIO RAFAEL ALVAREZ MARQUEZ, en su condición de **Juez Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, quien estima además, que el impedimento comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

La señora SONIA LUISA NAVARRO PEREZ, a través de apoderado judicial, interponen demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a efectos de que se declare la nulidad del acto administrativo Oficio GSA-31260-20470 – N°000244, a efectos de que se inaplique por inconstitucional la expresión “y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en el artículo 1 del Decreto 383 de 2013 “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, y demás normas modificatorias, y a su vez, se declare la nulidad del acto administrativo por el cual se negó la reclamación, reconocimiento, liquidación y cancelación de valores de prestaciones económicas.

Como consecuencia de la nulidad y a título del restablecimiento del derecho, solicita, entre otras, se ordene a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, tener en cuenta la bonificación judicial como factor salarial y prestacional, y reliquidar las prestaciones teniendo en cuenta la “bonificación judicial” devengada en razón del Decreto 383 de 2013, y pagar debidamente indexado las diferencias que se generen con ocasión de la reliquidación deprecada.

2. MANIFESTACIÓN DEL IMPEDIMENTO

El doctor SERGIO RAFAEL ALVAREZ MARQUEZ, en su condición de Juez Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, manifiesta que se encuentra impedido para conocer del presente asunto, al advertir que está incurso en la causal establecida en el artículo 141 numeral 1 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011 (ver folio 97).

Fundamenta su impedimento, en que se encuentra en circunstancias fácticas y jurídicas semejantes a la de la parte demandante, específicamente en relación el tema de inclusión de la bonificación de actividad judicial como factor salarial.

3. CONSIDERACIONES

En el presente caso, el juez Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta manifiesta, que él y los demás Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, se encuentran incurso en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, que establece: "**1. Tener el Juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.**"

Analizada la causal esgrimida junto con los argumentos del impedimento manifestado, esta Sala de decisión lo considera fundado, toda vez, que como bien se afirma por el titular del Juez Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, tanto el como los demás Jueces Administrativos de Cúcuta, por su desempeño como funcionarios judiciales tendrían igualmente derecho al reconocimiento y pago de la diferencia salarial deprecada, pudiendo eventualmente verse cobijados con el resultado del litigio planteado.

En razón de lo anterior, se declarará fundado el impedimento manifestado por los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, declarándolos separados del conocimiento del presente asunto.

Además de lo anterior, en aplicación a lo previsto en el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, se ordenará la remisión del expediente al Presidente de este Tribunal, a efectos de que se fije fecha y hora para efectuar el sorteo de un Conjuez que asuma el conocimiento del presente asunto.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Oral N° 002 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

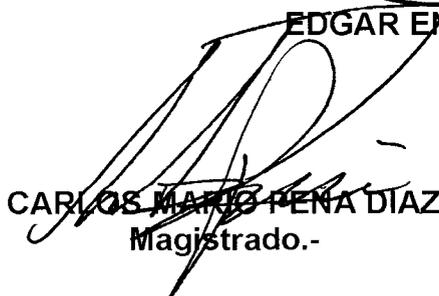
RESUELVE

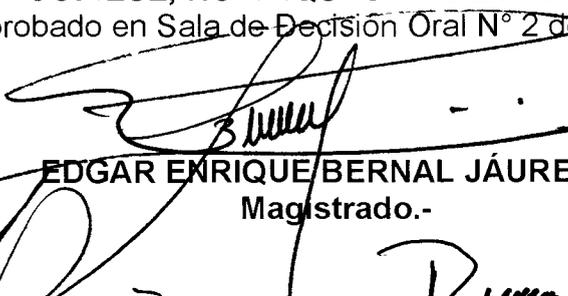
PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADO el impedimento manifestado por los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta. Por tal motivo, se les declara separados del conocimiento del presente asunto.

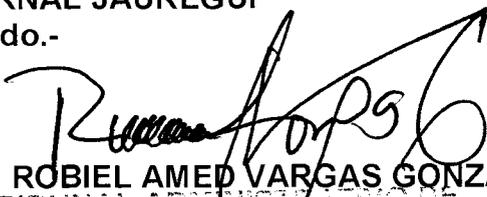
SEGUNDO: En consecuencia, posterior a la ejecutoria del presente proveído, **REMÍTASE** el expediente al Presidente de este Tribunal, **a efectos de que señale fecha y hora para efectuar el sorteo de un conjuer**, y una vez se lleve a cabo el sorteo, por Secretaría, **DEVOLVER** la actuación al **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, a efecto de dar posesión al Juez Ad-hoc que resulte elegido y para que asuma sus funciones de conocimiento del asunto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

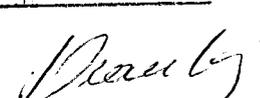
(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 2 del 18 de julio de 2019)


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado.-


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado.-

Por anotación en ESTADO, notifíco a las partes la providencia anterior, a las 3:00 a.m. hoy 19 III 2019


Secretario General



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

RADICADO:	54-001-23-33-000-2017-00561-00
ACCIONANTE:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP
DEMANDADO:	LUIS ALBERTO JAIMES VEGA
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, consistente en suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

II. ANTECEDENTES

2.1. La solicitud

En escrito obrante a folios 11 a 15 del plenario principal, el apoderado de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – en adelante UGPP-, solicita el decreto de una medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de la **Resolución 15170 del 28 de diciembre de 1994**, por medio de la cual la extinta Cajanal ordena el reconocimiento y pago de una pensión gracia en favor LUIS ALBERTO JAIMES VEGA (fls. 111 a 113); al igual que la **Resolución 9356 del 8 de mayo de 2002**, a través de la cual la extinta Cajanal ordena la reliquidación de la pensión gracia en favor del precitado (CD fls. 100).

La solicitud se fundamenta en que los actos en cuestión fueron expedidos en quebranto de las disposiciones superiores y legales, por indebida aplicación, errónea interpretación e infracción de las normas en que los actos debían fundarse, y falsa motivación, puesto que el reconocimiento de la pensión gracia está regido por la Ley 114 de 1913, Ley 24 de 1947, Ley 4 de 1966, Decreto 309 de 1958, Decreto 1743 de 1966, y Decreto Ley 224 de 1972, las cuales se aplican bajo el entendido que el 75% del promedio obtenido en el último año de servicios, es el año inmediatamente anterior a aquél a la consolidación del status de pensionado.

Analizando el caso en concreto, señala que el demandado ingresó al servicio público como docente de la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander, con vinculación del orden nacional en el período comprendido entre el 1 de febrero de 1964 al 31 de marzo de 1974, siendo pertinente aclarar que cuando el Decreto 1743 de 1966, se refiere al último año de servicios, debe interpretarse para el caso específico de la pensión gracia, que éste corresponde al año anterior a la adquisición del status pensional, es decir, al cumplimiento de los 20 años de servicio docente en entidades del orden territorial y 50 años de edad.

Lo anterior significa que luego de verificar la reliquidación de la pensión gracia reconocida al señor citado anteriormente, y la legalidad de los actos administrativos demandados expedidos por CAJANAL EICE, se pudo constatar que se incurrió en error aritmético al tomar como año anterior a la consolidación del status, el anterior a la fecha de retiro, cuando lo correcto era tomar el año inmediatamente anterior a la fecha de consolidación del status pensional.

2.2. Pronunciamiento de la parte demandada

En memorial obrante a folios 5 a 8 del plenario, el curador ad-litem de la parte demandada, se opone a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, argumentando que para la fecha de expedición de la **Resolución 9356 del 8 de mayo de 2002**, a través de la cual se ordenó la reliquidación de la pensión gracia del demandado, existía una línea jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, diferente a la actual, que permitía que los docentes beneficiarios de la pensión gracia, pudieran reliquidar la misma con el promedio salarial del último año a la fecha del retiro definitivo del servicio.

Agrega que la tesis jurisprudencial vigente refiere que no puede liquidarse la pensión gracia tomando en cuenta el último año de prestación de servicios, como lo dispone la Ley 33 de 1985, normatividad de la cual se encuentra excluida la pensión gracia.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Fundamentos legales y jurisprudenciales de las medidas cautelares en el CPACA

Los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- regularon el procedimiento para decretar las medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los cuales tienen como finalidad *“proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*¹. Del mismo modo, las mencionadas disposiciones normativas establecieron que la solicitud de la medida debe estar debidamente sustentada.

Por su parte, el artículo 230 *ibídem* precisó que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza **preventiva**, **conservativa**, **anticipativa** o de **suspensión** y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda.

A su turno, dentro del catálogo de medidas se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a suspender temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja: a) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o b) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En este orden de ideas, el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos.

¹ Artículo 229 del CPACA.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que lo anteriormente descrito corresponde a un estudio o análisis preliminar que versa sobre los planteamientos y pruebas que fundamenten la solicitud de la medida, es decir, se trata de una percepción inicial y sumaria, que por regla general se adopta en una etapa inicial del proceso. Entonces, la decisión sobre la medida comporta un primer acercamiento al debate, en el que se realizan interpretaciones normativas y valoraciones, pero sin que ello afecte o comprometa el contenido de la sentencia que debe poner fin a la cuestión litigiosa. En efecto, el artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar *“no implica prejuzgamiento”*.

3.2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable de la pensión gracia y su reliquidación

El artículo 1 de la Ley 114 de 1913, estableció que: *“Los maestros de escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley”*.

Este derecho se perfecciona con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4 de la mencionada ley así:

“Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional.

Que observe buena conducta.

Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento”.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados docentes y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública, autorizando a los docentes, según el artículo 6, a completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, al asimilar para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

Más adelante, con la Ley 37 de 1933, el beneficio gratuito de la pensión gracia de jubilación se hizo extensivo a los maestros de escuela que hubieren completado el tiempo de servicios señalado por la ley en establecimientos de enseñanza secundaria.

Así mismo, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales.

Conforme con lo anterior, la pensión gracia no se rige por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, en el entendido que no se trata de una pensión ordinaria sino especial, excluida de esta reglamentación por determinación expresa del legislador al tenor de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 33 de

1985².

Ahora bien, las pensiones reguladas por regímenes especiales se rigen por las normas aplicables a ellas, para el caso de la pensión gracia, el artículo 2 de la Ley 114 de 1913, estableció que *“La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.”*

Con la expedición de la Ley 4ª de 1966, se modificó el monto y el promedio, y en el artículo 4 *ibídem*, no excluyó ninguna pensión de las percibidas por los servidores oficiales; dicha normatividad fue reglamentada mediante el Decreto 1743 de 1966, el cual en el artículo 5, estableció que: ***“A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.”*** (Resalta la Sala).

Sobre el particular, es necesario traer a colación la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que señala que ésta se debe realizar con base **en el salario devengado por el docente en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.**

Veamos:

“La Ley 4ª de 1966 por su parte, estableció en el artículo 4º que a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más Entidades de Derecho Público, se liquidarían y pagarían tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios obtenidos durante el último año de servicios, sin discriminar alguna de las pensiones otorgadas a los servidores oficiales. Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, que en su artículo 5º señaló: (...). En el año de 1985, con la expedición de la Ley 33 se conservó el quantum del valor pensional en el 75%, se modificó la edad para otorgar las pensiones generales y los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, ya que se dispuso que el monto del 75% de la asignación se calcularía sobre el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. Sin embargo, esta normatividad exceptuó de su aplicación expresamente en su artículo 1º, a aquellos empleados que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

La excepción analizada anteriormente, consagrada en la Ley 33 de 1985, impide la aplicación de las disposiciones generales allí contenidas frente a la liquidación de la pensión aludida, por lo que se habilita la observancia de lo dispuesto en éste sentido en el régimen anterior contenido en la Ley 4ª de 1966 y en su Decreto Reglamentario - 1743 de 1966- referenciados inicialmente, ya que no discriminó ni excluyó de su aplicación pensión alguna de las percibidas por los servidores oficiales.

Así, la pensión gracia al tenor de estas disposiciones debe liquidarse en la forma allí señalada, esto es, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios; sin embargo, debe precisarse que a diferencia de las

² *“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.” (Se resalta)*

pensiones ordinarias, **ese último año de servicios refiere el año anterior a la adquisición o consolidación del derecho**, pues es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse en tanto su carácter especial admite su compatibilidad con el salario y por ende para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio, razón por la que resulta improcedente su reliquidación con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro³. (Se destaca).

Conforme con lo anterior, las pensiones de régimen especial, como en este caso es la pensión gracia, no pueden ser liquidadas al tenor del ordenamiento establecido en la Ley 33 de 1985, pues el mismo legislador la excluyó al consagrar una excepción; así como tampoco puede aplicarse lo dispuesto en la Ley 62 de 1985, pues ésta solo modificó el artículo 3 y mantuvo incólume el artículo 1, referente al régimen de excepción en su aplicación.

Así las cosas, se debe tener en cuenta lo establecido en el régimen anterior y el especial, esto decir, el regulado en la Ley 4ª de 1966 y en su Decreto Reglamentario 1743 del mismo año, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios, en donde este último año de servicios se refiere al año anterior a la consolidación del derecho, en la medida en que es ese momento a partir del cual se empieza a devengar, admitiendo compatibilidad con el salario, bajo el entendido que no es necesario acreditar el retiro definitivo del servicio, para percibirla.

Al respecto, la Alta Corporación⁴ puntualizó lo siguiente:

“Así mismo se impone reiterar que el reajuste del valor de la pensión gracia se hace sobre los factores devengados en el año inmediatamente anterior al que se causó dicha prestación. Tratándose de esta pensión especial que se adquiere por los servicios docentes, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se adquirió el derecho, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio. No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados del régimen prestacional común, para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo.”

La Reliquidación de la pensión en este caso tiene como claro fundamento la fecha en la cual se entra a percibir la prestación; por ello, resulta lógico que se reliquide la pensión que ha sido decretada más no percibida, situación ésta que no se da en el caso de la pensión gracia, pues, se repite, la percepción de ésta es compatible con la del sueldo.”

Con fundamento en lo anterior, es improcedente la reliquidación de la pensión gracia con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro, en la medida que para acceder a la pensión gracia es necesario el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por el legislador, por lo que su liquidación se

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., 12 de Febrero de 2009. Radicación Número: 68001-23-15-000-2001-02489-01(3067-05) Actor: Bertha Rueda de Sepúlveda, demandado: Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal

⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" C.P. Ana Margarita Olaya Forero, Expediente 0185-2001, sentencia de 6 de septiembre de 2001. En el mismo sentido ver sentencias de 11 de mayo de 2006, Expediente número: 4621-2005, Actor: Henry Gonzalo Rizo Ruiz, M.P. Ana Margarita Olaya Forero y de 26 de septiembre de 2012, Expediente número: 2376-2011, Actor: Carmen Marina Ramírez Gómez, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

debe efectuar teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del derecho, y no es posible reliquidarla por nuevos tiempos de servicios prestados o factores devengados.

3.3. Caso Concreto

Teniendo en cuenta el anterior contexto, en consonancia con el marco normativo y jurisprudencial descrito en precedencia, se procede a analizar el presente caso, respecto de lo cual se tiene acreditado que la hoy extinta Caja Nacional de Previsión Social por medio de la **Resolución 15170 del 28 de diciembre de 1994** le reconoció la pensión gracia al señor LUIS ALBERTO JAIMES VEGA, a partir del 29 de diciembre de 1989, con efectos fiscales a partir del 29 de noviembre de 1990 (fls. 111 a 113).

Así mismo, está acreditado que el demandado fue retirado del servicio a partir del 22 de mayo de 2000 mediante Decreto 000489 de la Secretaría de Educación Departamental y luego con la **Resolución 9356 del 8 de mayo de 2002**, fue reliquidada por retiro definitivo de la entidad, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, teniendo en cuenta la asignación básica devengada en el último año de servicio (1999-2000), aplicando el 75% sobre el salario promedio de 12 meses, efectiva a partir del 1 de junio de 2000 (Ver CD fls. 100).

Así las cosas, la Sala advierte que la pensión gracia no puede ser liquidada de acuerdo al régimen general invocado y aplicado en el acto administrativo enjuiciado que reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo, en cuanto el derecho a esta prestación, conforme como se dejó establecido en líneas anteriores, se perfecciona con el cumplimiento de todos los presupuestos establecidos por el legislador y se constituye en un derecho invariable, con excepción a los reajustes anuales de ley, por lo que la pensión gracia debe es liquidarse con todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del derecho pensional.

Por último, como quiera que es evidente la existencia de un perjuicio a la entidad demandante, debido a los dineros que ha tenido que pagar en exceso por causa de la reliquidación ilegal, razón por la cual, se dan los criterios establecidos por el legislador para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado por el cual se ordenó la reliquidación de la pensión gracia del demandado con base en el salario devengado en el año anterior al retiro efectivo de la entidad.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión Oral 002,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la **Resolución 9356 del 8 de mayo de 2002**, a través de la cual se ordena la reliquidación de la pensión gracia en favor del señor LUIS ALBERTO JAIMES VEGA, proferida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría, **COMUNICAR** el contenido del presente auto a las partes.

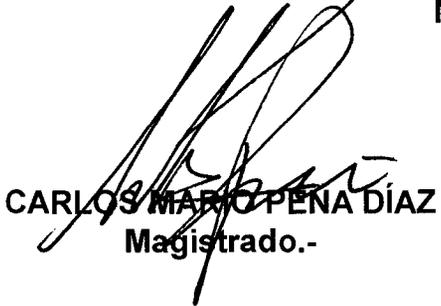
TERCERO: Una vez ejecutoriada el presente proveído, ingresar al Despacho para proveer sobre la etapa procesal subsiguiente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 2 del 18 de julio de 2019)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado.-



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado.-

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOGOTÁ
Por anotación en el expediente, se hace a las
partes la providencia de la Sala, a las 8:00 a.m.
del día 19 JUL 2019


Secretario General