

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

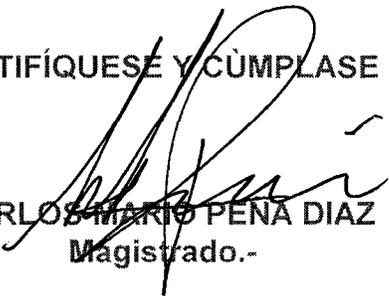
San José de Cúcuta, quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO: No. 54-001-23-31-000-2018-00224-00  
ACCIONANTE: Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
DEMANDADO: Carlos Alberto Suárez Reyes  
MEDIO DE Repetición  
CONTROL:

Visto el informe secretarial que antecede, y teniendo en cuenta la solicitud de aplazamiento debidamente justificada presentada por la apoderada de la parte entidad demandante a folio 195 del C. Principal, es pertinente proceder a **FIJAR** como nueva fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial el día 05 de diciembre de dos mil diecinueve (2019) a las 09:00 am.

Por Secretaria **cítese** a las partes y al procurador 24 Judicial II para Asuntos Administrativos a la audiencia inicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

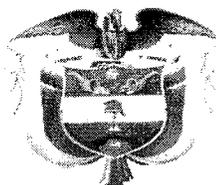
  
CARLOS MARIO PEÑA DIAZ  
Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
NORTE DE SANTANDER  
COMSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy 17 OCT 2019

  
Secretaria General



152

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
San José de Cúcuta, quince (15) de octubre del dos mil diecinueve (2019)  
Magistrado Sustanciador: **EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**

Expediente:	54-001-23-33-000-2019-00285-00
Demandante:	DONAMARIS RAMIREZ PARIS LOBO
Demandado:	MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA
Medio de control:	NULIDAD SIMPLE

Seria del caso proceder por el Despacho a analizar si la demanda de la referencia, cumple los requisitos para ser admitida, no obstante ello, se observa que la parte demandante, presenta solicitud de retiro de la demanda, siendo por tanto menester entrar a decidir la viabilidad de aceptarla.

Sabido es que la figura del retiro de la demanda se encuentra consagrada en el artículo 174 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA-, aplicable al medio de control de nulidad simple, el cual dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 174. RETIRO DE LA DEMANDA. El demandante podrá retirar la demanda siempre que no se hubiere notificado a ninguno de los demandados ni al Ministerio Público y no se hubieren practicado medidas cautelares”.*

Con base al artículo reseñado, el retiro de la demanda procederá siempre y cuando no se haya notificado el auto admisorio de la demanda a ninguno de los demandados y no se hayan practicado medidas cautelares.

Verificados tales supuestos en el sub examine, el Despacho encuentra procedente acceder a la solicitud de retiro presentada, puesto que a la fecha aún no se ha trabado la litis.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Despacho 001 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

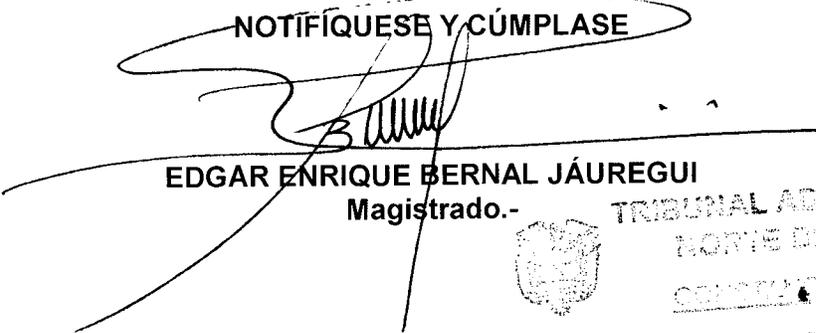
**RESUELVE:**

**PRIMERO: ACEPTAR** el retiro de la demanda presentada por el señor **DONAMARIS RAMIREZ PARIS LOBO**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DEVOLVER** la demanda y sus anexos sin necesidad de desglose.

**TERCERO:** En firme este proveído **ARCHIVAR EL EXPEDIENTE**, previas las constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**  
Magistrado.-

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
NORTE DE SANTANDER  
CONSEJO DE ESTADO

Por anotación en ESTADO, notifico a las  
partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m.  
de hoy 17 OCT 2019

  
Secretario General



97

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
**San José de Cúcuta, diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)**  
**Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui**

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-009-2018-00264-01
DEMANDANTE:	LUVING ALFREDO MOLINA BALLESTERO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **30 de abril de 2019**, por el **Juzgado Noveno Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

### 1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 34), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor LUVING ALFREDO MOLINA BALLESTERO, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 0241 del 02 de febrero 2017**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

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

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

### 2. EL RECURSO DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

### 3. CONSIDERACIONES

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

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

#### 3.2. Marco jurídico.

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

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

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

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

*petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto<sup>1</sup>”.*

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

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

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

### 3.3. Caso en concreto

Adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente LUVING ALFREDO MOLINA BALLESTERO, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 28 de junio de 1975 hasta el 29 de septiembre de 2016, mediante **Resolución 0241 del 02 de febrero 2017** (fls. 21-22) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

Ahora bien, 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. No obstante, pese a la existencia de dicho decreto, dentro de la **Resolución 0241 del 02 de febrero 2017** la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación de las cesantías definitivas valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Posteriormente, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 014, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

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

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

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

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Ibídem.

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

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

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

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de comunicado emitido el 23 de octubre de 2017 se informó 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”.*<sup>4</sup>

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 0241 del 02 de febrero 2017**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

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

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

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto es en cualquier tiempo, resulta 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

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

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

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

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

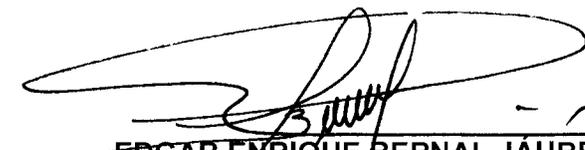
**RESUELVE**

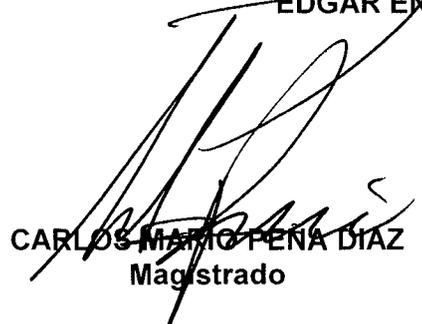
**PRIMERO: REVÓQUESE** el auto proferido el día **30 de abril de 2019**, por el **Juzgado Noveno Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

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

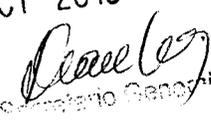
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 10 de octubre de 2019)

  
**EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI**  
Magistrado

  
**CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
Magistrado

  
**ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**  
Magistrado

  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
NORTE DE SANTANDER  
CONSEJO SECRETARIAL  
Por anotación en el expediente, radicado a las  
partes la providencia anterior, a las 0:00 a.m.  
hoy **17 OCT 2019**  
  
Secretario General

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
**San José de Cúcuta, diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)**  
**Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui**

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-002-2018-00420-01
DEMANDANTE:	JUAN BAUTISTA JAIMES SILVA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

### 1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 31 a 32), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor JUAN BAUTISTA JAIMES SILVA, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

Resalta que las cesantías bien sean definitivas o parciales, son una prestación unitaria y no periódica, lo que significa que se agotan al momento de la expedición del respectivo acto que las reconoce. Por lo anterior, afirma que en el caso en concreto, el actor al pretender que se reajuste sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación y la correspondiente sanción por mora, tal derecho no es susceptible de ser demandado en cualquier tiempo, sino que se somete a la regla contenida en el artículo 164, numeral 2, literal d), en el que se establece que para la nulidad y restablecimiento del derecho, el acto administrativo que se discute debe ser demandado dentro de los 4 meses posteriores a la expedición del mismo.

Dicho lo anterior, señala que la **Resolución 2122 del 08 de junio de 2016** fue el acto que definió la situación jurídica del actor, por lo que contaba con 4 meses para comparecer ante la Jurisdicción Administrativa para controvertir tal acto, y no pretender presentar una nueva solicitud ante la administración para provocar un nuevo pronunciamiento, y así, revivir los términos ya fenecidos.

Concluye el *A quo* que en el presente caso operó el fenómeno de caducidad pues el acto que debía demandarse era la **Resolución 2122 del 08 de junio de 2016** ya que fue esta la cual reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas, y no el acto ficto configurado el 24 de octubre de 2017, como lo pretende el actor en el escrito de su demanda.

### 2. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte demandante, promueve y sustenta el recurso apelación (fls. 33 a 44), planteando como primer motivo, el derecho que le asiste a su poderdante de recibir el pago de sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios, según lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013, y como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que citó en su escrito.

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

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

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

### 3. CONSIDERACIONES

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

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

#### 3.2. Marco jurídico.

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

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

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

Lo anterior, es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias en los siguientes términos: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción (..) En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto<sup>1</sup>”.*

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

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

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

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

### 3.3. Caso en concreto

Adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente JUAN BAUTISTA JAIMES SILVA, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 15 de marzo de 1974 hasta el 25 de noviembre de 2016, mediante **Resolución 2122 del 08 de junio 2016** (fls. 21-22) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

Ahora bien, 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. No obstante, pese a la existencia de dicho decreto, dentro de la **Resolución 2122 del 08 de junio 2016** la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación de las cesantías definitivas valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Posteriormente, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 014, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

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

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

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

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

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

<sup>2</sup> Consejo de Estado, *Ibidem*.

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

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

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

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de comunicado emitido el 23 de octubre de 2017 se informó 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”.*<sup>4</sup>

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 2122 del 08 de junio 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

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

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

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto es en cualquier tiempo, resulta 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 cuenta el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: *“los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción*

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

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

y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial<sup>5</sup>.

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

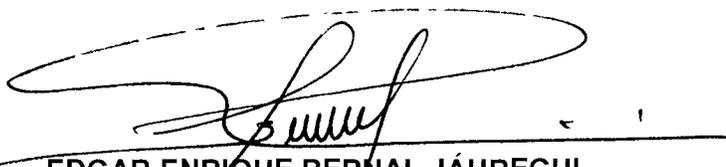
**RESUELVE**

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

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 10 de octubre de 2019)

  
EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI  
Magistrado

  
CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ  
Magistrado

  
ROBIEL AMED VARGAS GONZALEZ  
Magistrado



Por ante el Sr. Jefe de Sección, en cumplimiento de las reglas de procedimiento, a las 10:00 a.m. del día 17 OCT 2019.



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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
**San José de Cúcuta, diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)**  
**Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui**

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-002-2018-00425-01
DEMANDANTE:	RAMÓN DARÍO BECERRA RIVEROS
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **27 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Segundo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

### 1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 31 a 32), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor RAMÓN DARÍO BECERRA RIVEROS, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

Resalta que las cesantías bien sean definitivas o parciales, son una prestación unitaria y no periódica, lo que significa que se agotan al momento de la expedición del respectivo acto que las reconoce. Por lo anterior, afirma que en el caso en concreto, el actor al pretender que se reajuste sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación y la correspondiente sanción por mora, tal derecho no es susceptible de ser demandado en cualquier tiempo, sino que se somete a la regla contenida en el artículo 164, numeral 2, literal d), en el que se establece que para la nulidad y restablecimiento del derecho, el acto administrativo que se discute debe ser demandado dentro de los 4 meses posteriores a la expedición del mismo.

Dicho lo anterior, señala que la **Resolución 02076 del 19 de mayo de 2015** fue el acto que definió la situación jurídica del actor, por lo que contaba con 4 meses para comparecer ante la Jurisdicción Administrativa para controvertir tal acto, y no pretender presentar una nueva solicitud ante la administración para provocar un nuevo pronunciamiento, y así, revivir los términos ya fenecidos.

Concluye el *A quo* que en el presente caso operó el fenómeno de caducidad pues el acto que debía demandarse era la **Resolución 02076 del 19 de mayo de 2015** ya que fue esta la la cual reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas, y no el acto ficto configurado el 24 de octubre de 2017, como lo pretende el actor en el escrito de su demanda.

### 2. EL RECURSO DE APELACIÓN

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

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

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

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

### 3. CONSIDERACIONES

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

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

#### 3.2. Marco jurídico.

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

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

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

Lo anterior, es reiterado por el Consejo de Estado en diferentes sentencias en los siguientes términos: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción (...) En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto<sup>1</sup>”.*

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

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

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

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

### 3.3. Caso en concreto

Adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente RAMÓN DARÍO BECERRA RIVEROS, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 16 de abril de 1973 hasta el 09 de diciembre de 2014, mediante **Resolución 02076 del 19 de mayo de 2015** (fls. 21-22) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

Ahora bien, 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. No obstante, pese a la existencia de dicho decreto, dentro de la **Resolución 02076 del 19 de mayo de 2015** la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación de las cesantías definitivas valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Posteriormente, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 014, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

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

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

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

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

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

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Ibídem.

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

*“De acuerdo al Decreto 1545 de 2013, es viable que para la liquidación de las cesantías de los docentes y directivos docentes oficiales se contemple como factor de liquidación la prima de servicios haciendo énfasis en que se deberá contemplar dicho factor desde el momento de su causación, es decir que como quiera que la prima de servicios se creó en el año 2013 y serán beneficiarios de su reconocimiento y pago quienes hayan cumplido un año en la entidad, se concluye que el primer 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”.*<sup>3</sup>

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de comunicado emitido el 23 de octubre de 2017 se informó 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”.*<sup>4</sup>

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 2122 del 08 de junio 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, *crea una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.*

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

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

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto es en cualquier tiempo, resulta 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 cuenta el interesado para acudir al contencioso administrativo; así se ha venido reiterando por la jurisprudencia del Consejo de Estado: *“los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, indican que una vez el derecho se hizo exigible se cuenta con término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, debe tenerse en cuenta que la presentación de la petición ante la administración interrumpe la prescripción*

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

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

y a partir de ese momento, el interesado cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial<sup>5</sup>.

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

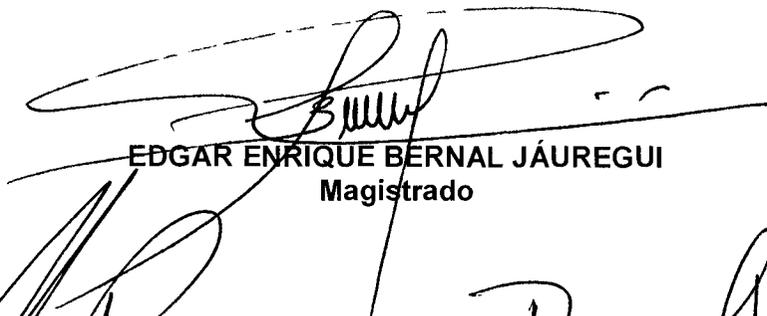
### RESUELVE

**PRIMERO: REVÓQUESE** el auto proferido el día **27 de marzo de 2019**, por el **Juzgado Segundo Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

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

### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 10 de octubre de 2019)



**EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**  
Magistrado



**CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
Magistrado



**ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
NORTE DE SANTANDER  
SECRETARÍA GENERAL

Por anotación de recibido a las partes la presente providencia el día hoy **17 OCT 2019** a las 9:00 a.m.



Secretaría General

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
**San José de Cúcuta, diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)**  
**Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui**

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-009-2018-00266-01
DEMANDANTE:	CARLOS ANDRES DELGADO ROSALES
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el **30 de abril de 2019**, por el **Juzgado Noveno Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se decidió rechazar la demanda.

### 1. EL AUTO APELADO

En el auto cuestionado (fls. 33 a 34), el *A quo* decidió rechazar la demanda incoada por el señor CARLOS ANDRES DELGADO ROSALES, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, al configurarse las causales 3 y 1 del artículo 169 del CPACA.

En relación a la no susceptibilidad de control judicial del acto demandado, señala que al versar el litigio sobre el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas de el demandante, era su obligación demandar la legalidad del acto administrativo que reconoció en forma indebida las mismas, es decir, la **Resolución 00523 del 10 de febrero de 2016**, acto éste que tiene el carácter de definitivo al consolidar una situación jurídica sobre una prestación unitaria y no periódica, por lo que el acto ficto generado casi un año después de expedido el acto de reconocimiento de cesantías, no es susceptible de control judicial.

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

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

### 2. EL RECURSO DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

### 3. CONSIDERACIONES

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

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

#### 3.2. Marco jurídico.

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

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

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

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

petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto<sup>1</sup>”.

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

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

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

### 3.3. Caso en concreto

Adentrándonos en el caso en concreto, la Sala observa que como el docente CARLOS ANDRES DELGADO ROSALES, prestó sus servicios en el Departamento Norte de Santander desde el 21 de octubre de 1975 hasta el 11 de diciembre de 2014, mediante **Resolución 00523 del 10 de febrero de 2016** (fls. 21-22) le fueron reconocidas las cesantías definitivas.

Ahora bien, 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. No obstante, pese a la existencia de dicho decreto, dentro de la **Resolución 00523 del 10 de febrero de 2016** la Secretaría de Educación no incluyó en la liquidación de las cesantías definitivas valor alguno por concepto de la prima de servicios.

Posteriormente, el 4 de octubre de 2017 la Fiduprevisora S.A. expide el comunicado 014, con el fin de dar a conocer a los Secretarios de Educación, Coordinadores de Prestaciones Económicas y Representantes del Ministerio de Educación, el nuevo criterio fijado por la entidad sobre la procedencia de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM, apoyado en un concepto que aquella y el Ministerio de Educación habían proferido en mayo del mismo año. Este comunicado reza lo siguiente:

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

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

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Ibidem.

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

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

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

De igual forma, en el portal web de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, a través de comunicado emitido el 23 de octubre de 2017 se informó 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”.*<sup>4</sup>

Así las cosas, como ha quedado visto en líneas transcritas, para el año 2017 se expidieron por parte la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Territorial comunicados acerca de la viabilidad de la inclusión de la prima de servicios en el estudio de cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FOMAG, lo cual, a juicio de la Sala, corresponde a un hecho nuevo, acaecido tiempo después de la **Resolución 00523 del 10 de febrero de 2016**, y que como lo ha reconocido el Consejo de Estado, crea *una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico* a favor de la parte demandante, que la habilita para solicitar ante la administración la reliquidación de sus cesantías definitivas.

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

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

En consecuencia, como según el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para demandar la nulidad de un acto ficto es en cualquier tiempo, resulta 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

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

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

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

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

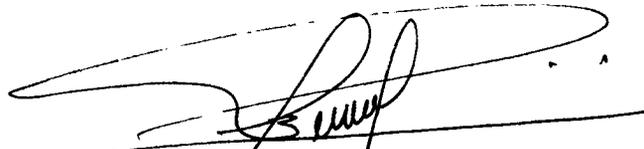
### RESUELVE

**PRIMERO: REVÓQUESE** el auto proferido el día **30 de abril de 2019**, por el **Juzgado Noveno Administrativo de Cúcuta**, mediante el cual se dispuso el rechazo de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, deberá realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

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

### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala de Decisión Oral N° 002 del 10 de octubre de 2019)



**EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**  
Magistrado



**CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
Magistrado



**ROBIEL AMED VARGAS GONZALEZ**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
NORTE DE SANTANDER  
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en Expediente, notifico a las partes la providencia unánime, a las 3:00 a.m. hoy 17 OCT 2019



Secretario General

<sup>5</sup> 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.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
San José de Cúcuta, tres (03) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

**Medio de Control:** Ejecutivo  
**Radicado No:** 54-001-33-33-006-2017-00204-02  
**Demandante:** Ilce Carolina Guerrero Sánchez y otros  
**Demandado:** Municipio de Puerto Santander

En atención al informe secretarial que antecede, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la providencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante el auto de fecha 11 de marzo de 2019, que rechazó de plano el incidente de nulidad y declaró saneado el proceso en cuanto al requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, presentado por el Municipio de Puerto Santander, conforme a lo siguiente:

**I. Antecedentes**

**1.1.- Auto Apelado**

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta, en auto de fecha 11 de marzo de 2019, decidió rechazar el incidente de nulidad presentado por el apoderado del Municipio de Puerto Santander, al determinar que la causal alegada no encuadra dentro del listado señalado en el artículo 133 del Código General del Proceso y que de acuerdo al artículo 135 ibídem, el Juez queda facultado para rechazar de plano los incidentes que no se encuentren expresamente autorizados por la Ley.

De otra parte, indicó que cuando en los procesos ejecutivos existan hechos que configuren una excepción previa, esta debe alegarse a través del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago de acuerdo a lo reglado en el artículo 442 del C.G.P. y que aun cuando en el sub judice el apoderado del Municipio lo hizo y presentó el respectivo recurso, el mismo se encuentra extemporáneo.

Posteriormente, frente a la excepción de inepta demanda por la falta de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, precisó que la misma fue allegada por la demandante antes de proferirse el auto que ordenara seguir adelante con la ejecución y que por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, declaró saneado el proceso de conformidad con el artículo 133 del C.G.P. y lo determinado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 29 de enero de 2010.

Finalmente, resolvió rechazar de plano el incidente de nulidad y declarar saneado el proceso en cuanto al cumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

**1.2.- Fundamentos del recurso interpuesto**

El apoderado de la parte demandada, presentó recurso de apelación en contra del auto de fecha 11 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo

Oral de Cúcuta, que rechazó el incidente de nulidad y declaró saneado el proceso frente al cumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, argumentando lo siguiente:

Manifestó que el A quo realizó una exposición certera del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011 pero poco justa dentro del juicio de valor que deben tener los operadores judiciales, toda vez que por orden Constitucional debe haber un blindaje jurídico dentro de un Estado equilibrado de derecho al momento de impartir justicia.

Agregó que si bien es cierto, el fundamento para establecer el rechazo del incidente de nulidad está soportado en la no actuación dentro del término de impugnación ante el mandamiento de pago, también lo es que lo que allí se estaba mirando era la delicadeza procesal que debía tener un Despacho Judicial al abrir un debate jurídico con la admisión de una demanda.

Finalmente resaltó que el A quo obvió lo contemplado en el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 en el tiempo histórico de la admisión de la demanda, cuestión que no era poca cosa en cuanto al equilibrio procesal que debe existir en una contienda judicial en la cual el Legislador se desgastó para imponer requisitos de procedibilidad y por tanto requirió que se accediera a decretar la nulidad solicitada.

### **1.3.- Concesión del recurso.**

Mediante auto de fecha 27 de mayo de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta, concedió el recurso de apelación presentado por la entidad demandada en contra de la providencia del 11 de marzo de 2019, por medio del cual se rechazó el incidente de nulidad solicitado por el Municipio de Puerto Santander.

## **II. Consideraciones**

### **2.1.- Competencia**

La Sala tiene competencia para decidir en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo reglado en los artículos 125, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo contemplado en el artículo 328 del C.G.P.

### **2.2. El asunto a resolver en esta Instancia:**

Debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la decisión del A quo, contenida en el auto proferido el día 11 de marzo de 2019, en el cual decidió rechazar el incidente de nulidad y declarar el saneamiento del proceso en lo referente al cumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

En el presente asunto, la Jueza Sexta Administrativa Oral de Cúcuta, llegó a tal decisión por considerar que dentro de las causales de nulidad de que trata el artículo 130 del C.G.P no se encuentra la alegada por la parte demandada.

Posteriormente, en vista de que la conciliación extrajudicial fue allegada por la demandante antes de que se proferiera el auto que ordena seguir adelante la ejecución, el A quo declaró el saneamiento del mismo.

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación, manifestando que el A quo realizó un juicio de valor certero pero poco justo en cuanto al blindaje jurídico que debe haber en un Estado de derecho al momento de impartir justicia.

Así mismo, manifestó que la exposición para decretar el rechazo del incidente de nulidad se apoyó en la no actuación dentro del término de impugnación ante un mandamiento de pago pero que lo que allí se estaba buscando era la delicadeza procesal que debía tener un Despacho Judicial al abrir un debate jurídico con la admisión de una demanda.

El Juzgado mediante la providencia del 27 de mayo de 2019 concedió en efecto devolutivo el recurso de apelación presentado por el apoderado de la entidad demandada en contra del auto 11 de marzo de 2019, por medio del cual se rechazó el incidente de nulidad y se declaró saneado el proceso en cuanto al cumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

### **2.3.- Decisión del presente asunto en segunda Instancia.**

La Sala, luego de analizada la providencia impugnada, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el ordenamiento jurídico pertinente, llega a la conclusión de que en el sub examine habrá de confirmarse la providencia de fecha 11 de marzo de 2019, que rechazó el incidente de nulidad y se declaró saneado el proceso en cuanto al cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

En efecto, como ya se anotó anteriormente el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta, mediante auto de fecha 11 de marzo de 2019, decidió rechazar el incidente de nulidad presentado por el ente territorial, al determinar que la causal alegada no se encontraba en el listado señalado en el artículo 133 de C.G.P.

Igualmente, refirió que aun cuando en el presente asunto el apoderado de Municipio Puerto Santander presentó recurso de reposición en contra del mandamiento de pago alegando la configuración de la excepción previa por no agotarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, lo hizo de manera extemporánea.

Sumado a lo anterior y siguiendo los criterios fijados por el H. Consejo de Estado, declaró saneado el proceso frente al cumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación, dado que este fue aportado por la demandante antes de proferirse auto que ordenara seguir adelante con la ejecución, constatando de tal forma la inexistencia del ánimo conciliatorio entre las partes.

Ahora bien, la Sala comparte la decisión del A quo de rechazar el incidente de nulidad presentado por el Municipio de Puerto Santander, al considerar efectivamente no es el mecanismo procesal idóneo para alegar la falta del requisito de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que dentro de las causales de nulidad que contempla el artículo 133 del C.G.P, no está consagrado el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar.

De otra parte, en cuanto a la excepción de inepta demanda por falta del requisito de procedibilidad propuesta por el apoderado del Municipio Puerto Santander, la Sala considera pertinente traer a colación el auto del 29 de febrero de 2016, en el que el H. Consejo de Estado ha resaltado lo siguiente:

*“Conforme lo anterior, se tiene que de manera previa a la presentación de la demanda, el actor debe solicitar al Ministerio Público que adelante una audiencia de conciliación prejudicial, sobre la que se pretende exista ánimo conciliatorio, de modo que de llegarse a un acuerdo pueda evitarse un futuro litigio. Con esto, se responde a la naturaleza y a los fines que tiene la conciliación prejudicial como una figura de solución alternativa de conflictos”<sup>1</sup>.*

*No obstante lo anterior, esta Corporación<sup>2</sup> ha planteado la posibilidad de acreditar el requisito de la conciliación prejudicial antes de que adquiera firmeza el auto que rechazó la demanda, esto, ajustándose al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el material. En tal sentido, se ha señalado:*

*“(…) reiterando la posición sostenida por esta Sala de Decisión, el requisito aludido debe entenderse subsanado, en tanto fue acreditada la ocurrencia de la audiencia de conciliación fallida entre las partes en contienda en el juicio ordinario, durante su trámite, como consta en el acta leíble a folio 50 del expediente, según la cual la audiencia se celebró ante la Procuraduría 30 Judicial II para asuntos administrativos, el 22 de mayo de 2009.*

*En otras palabras, como el requisito que echa de menos el Juez de la causa fue subsanado antes de finalizar la actuación judicial, en tanto esta se presentó al despacho incluso durante el término de ejecutoria del auto que rechazó la demanda, según lo reconoce el propio Juez, es posible continuar el proceso por haber fallido el intento conciliatorio.*

*En ese orden de ideas, impedir al demandante acceder al aparato jurisdiccional por la inexistencia de un requisito que actualmente se encuentra acreditado, no cumple con el mandato superior de la prevalencia del derecho sustancial frente al material<sup>3</sup>, que no es otra cosa que la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los administrados. Jurisprudencialmente se ha indicado que tal interpretación debe efectuarse “en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley”<sup>4</sup>. ”<sup>5</sup>”*

En ese sentido, observa la Sala que a folio 105 del expediente, obra un acta de conciliación de fecha 24 de agosto de 2015, la cual resultó fallida por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, por tanto, de acuerdo a lo expuesto por el H. Consejo de Estado, es dable concluir que la falencia alegada por la parte demandada se encuentra debidamente subsanada.

Por lo demás, la Sala considera importante resaltar que el presente asunto ha sido conocido por el H. Magistrado Ponente en anteriores actuaciones procesales, por lo cual se hace necesario recordar que en auto de fecha 25 de

<sup>1</sup> Ver Auto de 18 de septiembre de 2014. Sección Primera del Consejo de Estado. M.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicado No. 68001-23-33-000-2013-00412-01. Actor: Consorcio SAYP 2011 – Sistema de Administración y Pagos.

<sup>2</sup> Ver Sentencia de tutela de 20 de febrero de 2013. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Referencia No. 11001-03-15-000-2012-00809-01. Actor: Porvenir Business Inc.

Sentencia del 6 de abril de 2010. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. M. P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicado: 05001-23-31-000-2010-00002-01.

<sup>3</sup> Artículo 228 de la Constitución Política: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. (...)” [Resaltado fuera de texto].

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 6 de abril de 2010. Radicado: 05001-23-31-000-2010-00002-01. M. P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

julio de la presente anualidad, se resolvió un recurso de apelación en contra de la providencia que decretó una medida cautelar de embargo, accediendo esta instancia al decreto de la misma.

Sumado a lo anterior, el H. Consejo de Estado en sentencia de 18 de mayo de 2017<sup>6</sup> señaló que, cuando en materia Contenciosa Administrativa se presenta una demanda ejecutiva con solicitud de medida cautelar no es indispensable agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la administración justicia, exponiendo lo siguiente:

***“3. De la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.***

*En materia contencioso administrativa se introdujo la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001. En dichas leyes se precisó que en los procesos contenciosos administrativos sólo es procedente en los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales.*

*De igual manera, el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales y, la Ley 1285 de 2009, la estableció como tal para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*No obstante lo anterior, el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 modificó el inciso quinto del artículo 35 de la ley 640 de 2001 y dispuso que el requisito de procedibilidad no sería exigible para los procesos que se interpusieran ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, en los cuales con la demanda se solicitara el decreto y práctica de alguna medida cautelar.*

*Posteriormente, la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el inciso 2° del artículo 309 derogó expresamente el inciso 5 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, haciendo obligatorio agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, incluso cuando en la demanda se solicitaran medidas cautelares.*

*Sin embargo el Código General del Proceso en su artículo 626 derogó expresamente la norma previamente mencionada e incluyó en el párrafo primero del artículo 509 lo siguiente:*

*“Artículo 590. Medidas cautelares en procesos declarativos.*

*(...)*

*Parágrafo primero. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá*

<sup>6</sup> Sentencia del 18 de mayo de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

A su vez, en el artículo 613 ibídem estableció que en materia contencioso administrativa no sería necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos en los cuales el demandante solicitara medidas cautelares de carácter patrimonial, la parte demandante sea una entidad pública o se trate de un proceso ejecutivo.” (Resaltado por la Sala)

Así las cosas, es claro para la Sala que en el sub júdece el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial se subsanó en forma oportuna por la demandante y en el evento en que este no se hubiese aportado, tampoco sería procedente inadmitir o rechazar la demanda toda vez que dentro del proceso se solicitó y decretó una medida cautelar de embargo en contra del Municipio Puerto Santander, por tanto, siguiendo los criterios fijados por el H. Consejo de Estado, la decisión de esta instancia no puede ser otra que la de confirmar la providencia apelada.

Como corolario de lo expuesto, es diáfano para la Sala que en el presente asunto el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante no tiene la entidad jurídica de prosperar y por ende, lo procedente es confirmar el auto del 11 de marzo de 2019, conforme a lo expuesto en precedencia.

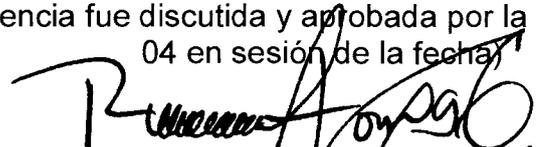
#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Confirmar el auto de fecha once (11) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

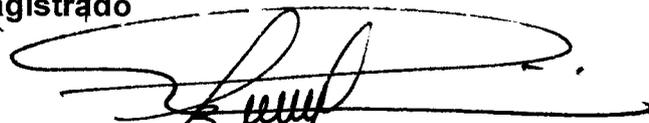
**SEGUNDO:** Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

#### NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral No. 04 en sesión de la fecha)

  
ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ  
Magistrado

  
HERNANDO AYALA PEÑARANDA  
Magistrado

  
EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
PARTIDO DE SANTANDER  
CORTE ADMINISTRATIVA ORAL  
SEXTA

Por conductiva de la Secretaría General de la Sala de Decisión Oral No. 04, se notifica a las partes la presente providencia en el día 17 de octubre de 2019.

  
Secretaría General