



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., 15 de octubre de 2019

Radicado No. 47001-23-33-000-2019-00169-01
 No. Interno: 3534-2019
 Actor: Argemiro Rafael Bolaño Gutiérrez.
 Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
 Asunto: Apelación auto que rechaza parcialmente la demanda por caducidad.
 Decisión: Confirma auto apelado.

I. ASUNTO.

La Sala procede a resolver¹ el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el demandante² contra el auto del 22 de marzo de 2019³, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que rechazó parcialmente la demanda por caducidad.

II. ANTECEDENTES

De la demanda⁴.

El señor Argemiro Rafael Bolaño Gutiérrez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declare la nulidad del acto ficto respecto de la petición de fecha 16 de noviembre de 2017, por medio del cual se negó el reajuste a la cesantía definitiva y la correspondiente sanción por mora solicitada.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se reajuste dicha prestación «con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial» y se reconozca la sanción moratoria por su pago incompleto.

¹ Ingresó al despacho con informe de la secretaria de la sección de 25 de junio de 2019.

² Folios 40 al 50 del expediente.

³ Folios 33 al 35.

⁴ Folios 1 al 21 del expediente.

De la providencia apelada⁵.

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto del 22 marzo de 2019, rechazó parcialmente la demanda por caducidad, al considerar que lo pretendido por el actor es la reliquidación de sus cesantías definitivas, prestación unitaria reconocida mediante Resolución 0458 del 25 de mayo de 2015. Para el efecto, sostuvo que dicho acto debió demandarse dentro de los cuatro meses previstos en el artículo 164 numeral 2, literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin que se observe que el referido medio de control haya sido ejercido contra tales actos administrativos, resultando improcedente que el accionante pretenda revivir términos elevando una petición de reajuste de cesantías definitivas y en virtud del acto ficto que se generó por el silencio de FOMAG, solicitar la nulidad de este acto y el reajuste de la prestación social.

Del recurso de apelación.

El accionante inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación al estimar que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reiterado que la prima de servicios es factor salarial para liquidar las cesantías de los docentes, criterio que obligó a la demandada a emitir comunicados, circulares y conceptos dirigidos a que no se desconociera este rubro.

Puntualizó que si bien es cierto que la resolución que le reconoció las cesantías es un acto definitivo, no lo es menos que «la Fiduprevisora después de estarse equivocando durante casi tres (3) años [...], por medio de una circular ordena a las 95 secretarías de educación de las entidades certificadas que, a partir de 01 de mayo de 2017, se empiece a liquidar esta prestación con la inclusión del factor salarial⁶».

Aseveró que la mayoría de las secretarías de educación certificadas han expedido «actos administrativos de REAJUSTE DE CESANTÍA DEFINITIVA, sin tener en cuenta el fenómeno de la caducidad predicado por el juez de primera instancia»⁷, y que, en todo caso, no es dable desconocer que el acto ficto controvertido puede demandarse en cualquier tiempo.

⁵ Folios 33 al 35.

⁶ Folio 49

⁷ Folio 54.

III. CONSIDERACIONES

Competencia.

A efectos de resolver el presente asunto, se debe precisar que conforme los artículos 125, 150, 243 numeral 1º y 244 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto de 22 de marzo de 2019, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Magdalena rechazó parcialmente la demanda por caducidad.

Problema jurídico.

En el *sub-lite*, el problema jurídico que debe desatar la Sala se contrae a determinar si el actor a fin de obtener la reliquidación de sus cesantías definitivas, debió demandar dentro de la oportunidad legal, el acto administrativo que le reconoció y liquidó dicha prestación social y no pretender revivir términos elevando una nueva petición y demandar lo resuelto en esta última.

Bajo ese contexto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes aspectos: De la caducidad del medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho y seguidamente, resolver el caso concreto.

Caducidad del medio de control.

Tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 164 del CPACA, regula el término para presentar la demanda, so pena de que opere la caducidad, en diferentes escenarios, según el caso.

«[...] **Artículo 164.** Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

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

[...] d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; [...]

En efecto, la caducidad se refiere al término de orden público que tiene el interesado para interponer las acciones que tenga a su alcance con el fin de buscar la protección de sus derechos, es decir, se predica del ejercicio del derecho de acción; su finalidad es precisamente racionalizar ese ejercicio, lo que impone al interesado la obligación de emplearla oportunamente, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y que se extinga la jurisdicción del juez de lo contencioso administrativo para estudiarlas. Lo anterior se justifica en la necesidad de obtener seguridad jurídica.

De la norma anterior se puede concluir que para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor debe presentar la demanda dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses siguientes, contados a partir del día siguiente al de su comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto acusado.

Ahora bien, como consecuencia jurídica de haber operado la caducidad de la acción, la Ley 1437 de 2011 preceptúa que será el rechazo de la demanda, así lo dispone en su artículo 169 que a continuación se transcribe:

«Artículo 169. Rechazo de la demanda. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:
1. Cuando hubiere operado la caducidad.
(...)»

Del caso concreto.

Las cesantías son una prestación social de carácter unitaria y no periódica, aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, que se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca. La Corporación en relación con el término de caducidad para reclamar la reliquidación de las cesantías⁸ y los hechos nuevos, puntualizó:

«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

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 25000-23-25-000-2005-05159-01 (0230-08). C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A

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

En el presente asunto, el *aquo* considera que lo pretendido por el actor es la reliquidación de las cesantías definitivas, las cuales le fueron reconocida mediante Resolución 0458 del 25 de mayo de 2015, acto respecto del cual operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Por su parte, el accionante afirma que los comunicados, circulares y conceptos emitidos por la Administración, con posterioridad al acto administrativo atrás citado, para que las secretarías de educación certificadas incluyan la prima de servicios en la liquidación de las cesantías, le crean una expectativa legítima de mejoramiento de su derecho que lo faculta a acudir a la jurisdicción.

Para abordar el caso concreto, la Sala procederá a examinar las pruebas documentales allegadas, a efectos de establecer la situación fáctica del asunto *sub examine*, así:

i) Resolución 0458 del 25 de mayo de 2015, a través de la cual la secretaria de educación departamental del Magdalena, le reconoce al demandante la suma de \$100.646.121, por concepto de cesantías definitivas⁹, decisión que fue notificada al interesado el 3 de junio de 2015 y renunció a término de ejecutoria¹⁰.

ii) Comunicado 14 de 4 de octubre de 2017, por medio del cual la Fiduciaria La Previsora S.A. le reitera a las secretarías de educación y a los coordinadores de prestaciones económicas que la circular 18, con radicado interno 2017017526561 de 4 de mayo de 2017, estableció «la procedencia de la inclusión de la prima de

⁹ Folios 27 y 28 del expediente.

¹⁰ Folio 28 vto.

servicios en el estudio de las cesantías parciales y/o definitivas de los docentes afiliados al FNPSM»; y que el Ministerio de Educación Nacional conceptuó que «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». Lo anterior, para atender las previsiones del Decreto 1545 de 2013 y buscar «una disminución de demandas por este concepto que ya se está incluyendo de manera administrativa¹¹»

iii) Petición formulada por el actor el 16 de noviembre de 2018, tendiente a que la accionada reliquide sus cesantías definitivas con la inclusión de la prima de servicios de conformidad con lo establecido en el Decreto 1545 de 2013 y el comunicado 14 de 4 de octubre de 2017; y reconozca la sanción moratoria derivada del pago incompleto de la aludida prestación¹².

iv) Certificación de la procuraduría 155 judicial II para asuntos administrativos, en la que consta que el 16 de octubre de 2018 el accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial, declarada fallida el 13 de diciembre de 2018, por falta de ánimo conciliatorio, fecha, esta última, en que también se expidió la aludida certificación¹³.

De acuerdo a la documental antes relacionada, se tiene que al demandante le fueron reconocidas las cesantías definitivas a través de la Resolución 0458 del 25 de mayo de 2015, decisión que le fue notificada el 3 de junio de ese mismo año sin que se observe que dicha decisión haya sido objeto de recurso en vía administrativa, o en su defecto, que contra la misma se haya ejercido el medio de control respectivo dentro del término de 4 meses previsto en el artículo 164 numeral 2, letra d de la Ley 1437 de 2011.

Para la Sala el comunicado No 014 del 4 de octubre de 2017 no constituye un hecho generador de una expectativa legítima de mejoramiento de la cesantía definitiva reconocida, por cuanto las directrices que referencia buscan que se atienda el Decreto 1545 de 2013, disposición que estableció «la prima de servicios para el

¹¹ Folio 31.

¹² Folios 24 al 36.

¹³ Folios 22 y 23.

personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media»¹⁴.

La sección segunda de esta Corporación, en sentencia de unificación de 14 de abril de 2016¹⁵, precisó que con lo preceptuado por el Decreto 1545 del 2013, el gremio docente, sin distingo alguno, tiene derecho a la prima de servicios a partir del año 2014, en cuantía equivalente a siete días de la remuneración mensual, y desde el año 2015, por valor de 15 días.

Así las cosas, el actor pudo pedir, en oportunidad, el reajuste de la cesantía definitiva reconocida, con la inclusión del concepto atrás aludido, fundado en las previsiones del Decreto 1545 del 2013, las cuales dieron lugar a gran número de solicitudes y demandas que la administración quiso frenar con los comunicados, circulares y conceptos atrás referenciados.

En atención a lo anterior, la demanda debió presentarse dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la notificación de la Resolución 0458 del 25 de mayo de 2015, esto es, 5 de octubre siguiente, como quiera que el 4 de ese mismo mes y anualidad fue festivo; no obstante, dado que la solicitud de conciliación extrajudicial fue incoada el 16 de octubre de 2018 y la demanda el 8 de marzo de 2019, se interpusieron con posterioridad a la mencionada fecha -5 de octubre de 2015-, es evidente que se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad, respecto de la pretensión relativa al reajuste de las cesantías definitivas, motivo por el cual la Sala confirmará el auto recurrido.

Ahora, es pertinente señalar que si bien el *aquo* en el auto recurrido, admitió la demanda respecto de la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, lo cierto es que esta debió correr la misma suerte de la reclamación de reliquidación de las cesantías definitivas, puesto que, el sustento invocado por la parte actora atiende al hecho de haber recibido el pago incompleto de la prestación social en tanto no le fue incluido en ella la prima de servicio, de manera que, la penalidad pretendida no la edifica bajo el supuesto de hecho de habersele pagado tardíamente sus cesantías, sino con base en la defectuosa liquidación en que incurrió la administración al no tenerle en cuenta la prima de servicio, de manera

¹⁴ Este criterio fue acogido por esta subsección en auto de fecha 2 de octubre de 2019, dentro del proceso con radicado No 47001-23-33-000-2019-00163-01 (2987-2019), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.
¹⁵ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 14 de abril de 2016, expediente CE-SUJ215001333301020130013401 (3828-2014), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

SECRETARÍA DE ESTADO
CORPORACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
UNIFICACIÓN DE SENTENCIAS
14 DE ABRIL DE 2016
EXPEDIENTE CE-SUJ215001333301020130013401 (3828-2014)
C. P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

que, existiendo un efecto consecencial entre la una, es decir, la pretensión de reliquidación de la prestación social, la cual, como se dijo, se encuentra caducada y la otra, esto es, la sanción moratoria por liquidación incompleta de la cesantías, esta última también se encuentra caducada.

No obstante lo anterior, atendiendo el principio constitucional de la *reformatio in pejus*, en el entendido que al juez de segunda instancia le está prohibido pronunciarse sobre las situaciones que no hayan sido planteadas en el recurso y encontrando que en el presente asunto lo discutido por la parte apelante es lo atinente al rechazo de la demanda respecto de la pretensión de reliquidación de las cesantías, la Sala limita su decisión a lo que en la apelación se indicó como lo desfavorable para el apelante, razón que impone confirmar el auto del 22 de marzo de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B,

RESUELVE

PRIMERO.- Confirmar por las razones aquí expuestas, el auto del 22 de marzo de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena que rechazó parcialmente la demanda por caducidad, conforme a la parte motiva.

SEGUNDO.- Por la Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al tribunal administrativo de origen y déjense las constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


CARMELO PERDOMO CUETER

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECRETARÍA SECCIÓN II**

Por anotación en ESTADO notifícase a las partes la providencia anterior, hoy **29 NOV 2019** a las 8 a.m.