

ACTO ADMINISTRATIVO QUE MANIFIESTA FALTA DE COMPETENCIA - Se convierte en acto definitivo por no envío a la autoridad competente CONTROL JUDICIAL DEL ACTO DEFINITIVO / CESANTÍAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL – Prestación periódica / RECHAZO DE LA DEMANDA - Improcedencia

En el presente caso se encuentra demandado el Oficio CE-2016590405 de 26 de diciembre de 2016, proferido por el Director de Personal de Instituciones Educativas de la Gobernación de Cundinamarca, en el cual se indicó que la entidad carecía de competencia para modificar el tipo de vinculación de la demandante y el consecuente régimen de cesantías aplicable. Ahora bien, aunque la Gobernación de Cundinamarca afirmó que carecía de competencia para resolver sobre el asunto puesto a su consideración, se echa de menos la remisión de la petición al área o autoridad que consideraba competente, es decir, que el oficio demandado puso fin a la actuación administrativa en la medida en que impidió su continuación y, por lo tanto, constituye un acto administrativo definitivo pasible de ser demandado, conforme lo dispone el artículo 43 del CPACA. Es posible concluir que el oficio expedido por la Dirección de Personal de Instituciones Educativas de la Gobernación de Cundinamarca puso fin a la actuación administrativa iniciada con la petición que elevó la demandante con el fin de obtener el cambio de régimen del auxilio de cesantías. Teniendo en cuenta el contexto fáctico descrito, esto es, la vigencia del vínculo laboral de la demandante y que la discusión atañe al régimen aplicable al auxilio de cesantías, es posible concluir que el derecho reclamado se cataloga como una prestación periódica y, por lo tanto: i) la interesada podía provocar el pronunciamiento de la administración con el fin de obtener el cambio del régimen anualizado al retroactivo; ii) las entidades demandadas tenían el deber de emitir una respuesta oportuna, de fondo y congruente con lo solicitado; iii) a esta actuación debía otorgársele el mérito suficiente para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en aras de solicitar la nulidad del acto expreso o presunto que emitiera la autoridad competente y el consecuente restablecimiento del derecho. (...). Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que en el *sub lite* no se configuró la causal de rechazo de la demanda, fundada en que el asunto carece de control judicial, ya que la vigencia del vínculo laboral de la actora con la administración le confería la connotación de periódica a la prestación sobre la cual versó su reclamación laboral, razón por la que resultaba acertado demandar el acto administrativo que resolvió esta petición.

ACTO ADMINISTRATIVO – Concepto / ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO – Configuración / ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO – Fundamento / CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. (...). Es oportuno indicar que los actos definitivos pueden ser expresos o fictos, estos últimos se configuran ante la falta de pronunciamiento del funcionario competente dentro de una determinada actuación administrativa. En efecto, cuando las autoridades públicas omiten el deber de expedir actos expresos con el fin de culminar los procedimientos administrativos, el legislador establece la ficción de una respuesta negativa o positiva a lo solicitado por los peticionarios, en procura de salvaguardar el acceso a la administración de justicia. Bajo este marco conceptual, es válido sostener que la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente se ocupa del estudio de los actos definitivos, expresos o fictos, que culminen un proceso administrativo, en la medida en que se presumen legales, gozan de los atributos

de ejecutividad y ejecutoriedad e impactan las relaciones de las personas naturales y jurídicas, sus derechos y obligaciones. En consecuencia, el control judicial de las decisiones administrativas definitivas se torna obligatorio dentro de un estado social de derecho en aras de garantizar su validez, así como los valores constitucionales, el imperio de la legalidad y los derechos subjetivos de los asociados.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el concepto de acto administrativo, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 26 de agosto de 2004, radicación: 2000-00057-01, C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En cuanto a los atributos del acto administrativo, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 10 de abril de 2008, radicación: 2002-00583-01, C.P.: Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta. Sobre el control judicial de los actos fictos, ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación: 19553, C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

AUXILIO DE CESANTÍAS – Naturaleza jurídica / AUXILIO DE CESANTÍAS – Objeto / CESANTÍAS EN VIGENCIA DEL VÍNCULO LABORAL – Prestación periódica

Las cesantías corresponden a una prestación social a cargo del empleador y su creación estuvo encaminada a que constituyeran un auxilio para el trabajador que quedara cesante. (...). Mientras subsista el vínculo laboral, la prestación social de las cesantías es periódica, aun cuando esta se liquide de manera anualizada.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el carácter periódico del auxilio de cesantías en vigencia del vínculo laboral, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2017, radicación: 3751-14, C.P.: William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 962 DE 2005 – ARTÍCULO 56 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 43

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-42-000-2017-01685-01(4025-17)

Actor: MARÍA EDITH GALARZA DUARTE

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**Temas:** Apelación auto que rechazó la demanda**AUTO INTERLOCUTORIO**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 7 de julio de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, mediante el cual rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora María Edith Galarza Duarte, por considerar que el asunto debatido carece de control judicial.

1. Antecedentes**1.1. Pretensiones de la demanda**

La señora María Edith Galarza Duarte, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad del Oficio CE-2016590405 de 26 de diciembre de 2016, proferido por el Director de Personal de Instituciones Educativas de la Gobernación de Cundinamarca, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías al amparo del régimen retroactivo.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a: i) liquidar el auxilio de cesantías con base en el régimen retroactivo establecido en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, reconociendo un mes de salario por cada año de servicio o de manera proporcional; ii) actualizar el valor de las condenas con base en el índice de precios al consumidor, de conformidad con el artículo 187 del CPACA; iii) dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso y reconocer los intereses moratorios que se causen con posterioridad a su ejecutoria, en los términos del artículo 192 del CPACA; y iv) pagar la condena en costas y agencias en derecho.

1.2. Actuación procesal**1.2.1. Auto apelado**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, mediante auto de 7 de julio de 2017¹, rechazó la demanda interpuesta por la señora María Edith Galarza Duarte, argumentando que el asunto debatido carece de control judicial, por cuanto:

- i) Las cesantías corresponden a una prestación unitaria y no periódica, independientemente del régimen anualizado o retroactivo que se les aplique, por lo cual, el momento de su causación es el parámetro para presentar las inconformidades en relación con su reconocimiento. A su turno, el acto que resuelva sobre la prestación debe demandarse dentro de los 4 meses siguientes a su notificación.
- ii) Únicamente pueden considerarse como actos administrativos definitivos aquellas resoluciones que reconocen cesantías parciales o definitivas o los que, de oficio, liquidan anualmente esta prestación.
- iii) No cualquier solicitud ante la administración da lugar a un pronunciamiento en relación con el auxilio de cesantías y, por tal motivo, los actos que se expidan en virtud de esas peticiones no pueden considerarse como verdaderos actos administrativos pasibles de ser demandados.

1.2.2. Recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de apelación², con fundamento en los siguientes razonamientos:

- i) Ha prestado sus servicios al magisterio oficial y frente a la liquidación del auxilio de cesantías debe darse prevalencia a las Leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, así como al Decreto 1160 de 1947, los cuales imponen el reconocimiento del régimen retroactivo.
- ii) Se encuentra vinculada al sector docente, razón por la que estaba habilitada para pedir el cambio de régimen aplicable a sus cesantías.

¹ Folios 27 a 29, cuaderno principal.

² Folios 31 a 33, cuaderno principal.

iii) Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado³, así como de los tribunales y juzgados, basta con la solicitud de cambio de régimen de cesantías para habilitar el acceso a la administración de justicia, es decir, que el acto administrativo acusado sí puede enjuiciarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que resolvió en forma negativa la aludida reclamación.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Teniendo en cuenta la decisión adoptada en primera instancia, y atendiendo a las competencias legalmente atribuidas a esta Sala, el problema jurídico consiste en determinar si se configura causal de rechazo de la demanda por debatirse un asunto carente de control jurisdiccional, en los términos indicados por el *a quo*.

Para efectos metodológicos, el estudio del asunto se desarrollará en el siguiente orden: i) actos administrativos pasibles de ser enjuiciados a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; ii) naturaleza del auxilio de cesantías; y iii) solución al caso concreto.

2.2. De los actos administrativos pasibles de ser enjuiciados a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos⁴. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo⁵:

³ La demandante apoyó sus argumentos en las siguientes providencias proferidas por la Sección Segunda de esta corporación:

- Subsección B, sentencia de 10 de febrero de 2011, consejero ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado, radicado: 52001 23 31 000 2006 01365 01 (0088-10).

- Subsección A, sentencia de 16 de junio de 2016, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicado: 08001 23 31 000 2011 00717 01(4586-2015).

⁴ Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, sentencia de 10 de abril de 2008, radicado: 25000 2324 000 2002 00583 01, actor: Aerovías Nacionales LTDA, ARCA.

- i) Constituye una declaración unilateral de voluntad.
- ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares.
- iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante»⁶.
- iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»⁷.

Igualmente, esta Corporación ha precisado que los actos administrativos que son pasibles de control jurisdiccional son aquellos catalogados como definitivos, esto es, «los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación»⁸.

Es oportuno indicar que los actos definitivos pueden ser expresos o fictos, estos últimos se configuran ante la falta de pronunciamiento del funcionario competente dentro de una determinada actuación administrativa. En efecto, cuando las autoridades públicas omiten el deber de expedir actos expresos con el fin de culminar los procedimientos administrativos, el legislador establece la ficción de una respuesta negativa o positiva a lo solicitado por los peticionarios, en procura de salvaguardar el acceso a la administración de justicia⁹.

Bajo este marco conceptual, es válido sostener que la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente se ocupa del estudio de los actos definitivos, expresos o fictos, que culminen un proceso administrativo, en la medida en que se presumen legales, gozan de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad e impactan las relaciones de las personas naturales y jurídicas, sus derechos y obligaciones. En consecuencia, el control judicial de las decisiones

⁶ Ibidem.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia 16288 de 12 de junio de 2008, consejera ponente: Dra. Ligia López Díaz, actor: Organización Clínica General del Norte S.A.

⁸ Artículo 43 del CPACA.

⁹ Al respecto puede consultarse la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejero ponente: Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 30 de abril de 2014, radicado: 13001 23 31 000 2007 00251 01(19553), actor: Inversiones M. Suarez & CIA. S. EN C., en Liquidación.

administrativas definitivas se torna obligatorio dentro de un estado social de derecho en aras de garantizar su validez, así como los valores constitucionales, el imperio de la legalidad y los derechos subjetivos de los asociados.

2.3. De la naturaleza del auxilio de cesantías

Las cesantías corresponden a una prestación social a cargo del empleador y su creación estuvo encaminada a que constituyeran un auxilio para el trabajador que quedara cesante.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen dos regímenes para la liquidación y pago de las cesantías, a saber: a) el retroactivo y b) el anualizado.

En el primer caso, el valor del auxilio se encuentra en poder del empleador durante la vigencia de la relación laboral y se paga con base al último salario devengado, de conformidad con las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Por su parte, el régimen anualizado fue regulado inicialmente por el Decreto 3118 de 1968 y más adelante por la Ley 50 de 1990, disponiendo que las cesantías se liquidan anualmente y deben consignarse a la Administradora del Fondo de Cesantías a más tardar el 14 de febrero de cada año, salvo lo previsto para el caso del Fondo Nacional del Ahorro.

Ahora bien, para efectos de determinar el carácter unitario o periódico del auxilio de cesantías, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido, esta Corporación ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen la 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 lo tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por el legislador. Al respecto ha precisado¹⁰:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de febrero de 2014, Expediente: 1174-2012, consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

En lo que respecta al argumento de que se trata de una reclamación de prestaciones periódicas, la Sala debe precisar que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que no opera el fenómeno de la caducidad para demandar los actos que reconozcan o nieguen las mismas; sin embargo, **al producirse la desvinculación del servicio**, se hace un reconocimiento de prestaciones definitivas y, en tal medida, las prestaciones o reconocimientos salariales que periódicamente se reconocían y pagaban, bien sea mensual, trimestral, semestral, anual o quinquenalmente, **dejan de tener el carácter de periódicos, pues ya se ha expedido un acto de reconocimiento definitivo, al momento de finalizar la relación laboral.** (Se resalta).

En este orden de ideas, mientras subsista el vínculo laboral, el auxilio de cesantías tiene la connotación de periódico pese a que se hagan pagos parciales o se consignen anualmente a la cuenta de ahorro individual en el respectivo fondo; igualmente, tales actuaciones no son definitivas pues solo adquieren este carácter cuando termina la relación laboral, momento en el cual se efectúa la liquidación final y el pago de la totalidad de la prestación. Sobre el particular se ha explicado¹¹:

Lo anterior permite inferir que mientras subsista el vínculo laboral, la prestación social de las cesantías es periódica, aun cuando esta se liquide de manera anualizada como comporta el caso concreto objeto de análisis.

En efecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, al sentar jurisprudencia sobre la prescripción del derecho al auxilio de cesantías, también concluyó que mientras subsista el vínculo laboral, pese a que se hagan pagos parciales o se consignen anualmente a la cuenta de ahorro individual en el respectivo fondo administrador, tal liquidación no es definitiva pues solo adquiere este carácter cuando termina la relación laboral es decir, cuando el empleado queda cesante, momento en el cual se efectúa la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación. Por esta razón concluyó que mientras esté vigente el vínculo no existe prescripción al derecho al auxilio de cesantías
[...]

No obstante y, a sabiendas que la mencionada resolución hace alusión a la liquidación parcial del auxilio de cesantías, se entiende que la prestación sobre la cual se erige la petición es de carácter periódico, en la medida en que el trabajador no se ha desvinculado de su cargo al momento de efectuar la respectiva reclamación y formulación de la demanda, y por tal motivo era procedente acudir a la jurisdicción en cualquier momento antes de la terminación del vínculo laboral, so pena de que a partir de allí dejara de considerarse una prestación periódica y operada la caducidad del medio de control y la prescripción del derecho.

Así las cosas, mientras subsista el vínculo laboral, la prestación social de las cesantías es periódica, aun cuando esta se liquide de manera anualizada.

2.4. Solución al caso concreto

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2017, expediente: 76001 23 33 000 2014 00498 01 (3751-2014), consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez.

En el presente caso el *a quo* consideró que el asunto carece de control jurisdiccional por cuanto el Oficio CE-2016590405 de 26 de diciembre de 2016 no constituye un verdadero acto administrativo, ya que no se refirió al reconocimiento de cesantías parciales o definitivas o frente a la liquidación anual de esta prestación.

Por su parte, la actora solicitó la admisión de la demanda, toda vez que en la actualidad presta sus servicios al magisterio y se encuentra amparada por la normativa que regula el régimen retroactivo de cesantías. Agregó que bajo este contexto es posible peticionar el cambio de régimen y demandar el acto que contenga el pronunciamiento de la administración frente a lo solicitado.

Para resolver el problema jurídico planteado, es oportuno hacer referencia a los siguientes elementos de juicio que se derivan de los documentos obrantes en el expediente:

- El 20 de diciembre de 2016, la demandante elevó petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Cundinamarca encaminada a obtener el reconocimiento y liquidación del auxilio de cesantías con fundamento en el régimen retroactivo¹².

- Mediante Oficio CE-2016590405 de 26 de diciembre de 2016, el Director de Personal de Instituciones Educativas de la Gobernación de Cundinamarca se pronunció frente a la anterior petición indicando que «este fondo no tiene la autonomía para liquidar la prestación como régimen de retroactividad por cuanto, el fondo liquida conforme a la documentación expedida por el ente territorial, ósea (sic) la Secretaría de Educación de Cundinamarca, no obstante tampoco es el competente para cambiar de vinculación a los docentes y cambiar de régimen de vinculación de nacional a nacionalizado. Esto lo debe realizar el área de afiliaciones o novedades que son los encargados de establecer el régimen de vinculación»¹³.

- El 28 de agosto de 2018, la Dirección de Personal de Instituciones Educativas de la Secretaría de Educación de Cundinamarca hizo constar que la señora María Edith Galarza Duarte «ingresó a esta entidad el 21/10/1994, hasta la fecha. Desempeña el cargo de Docente de aula grado 14, en el (la) Escuela Rural Chontecito Vergara (Cun), en la ciudad de Vergara (Cun), con tipo de nombramiento Propiedad»¹⁴.

¹² Folios 7 a 9, cuaderno principal.

¹³ Folios 10 a 11, cuaderno principal.

¹⁴ Folio 45, cuaderno principal.

Teniendo en cuenta el anterior contexto fáctico, en consonancia con el marco normativo y jurisprudencial descrito en los acápites anteriores, se revocará el proveído impugnado por las siguientes razones:

- i) En el presente caso se encuentra demandado el Oficio CE-2016590405 de 26 de diciembre de 2016, proferido por el Director de Personal de Instituciones Educativas de la Gobernación de Cundinamarca, en el cual se indicó que la entidad carecía de competencia para modificar el tipo de vinculación de la demandante y el consecuente régimen de cesantías aplicable.

Ahora bien, aunque la Gobernación de Cundinamarca afirmó que carecía de competencia para resolver sobre el asunto puesto a su consideración, se echa de menos la remisión de la petición al área o autoridad que consideraba competente, es decir, que el oficio demandado puso fin a la actuación administrativa en la medida en que impidió su continuación y, por lo tanto, constituye un acto administrativo definitivo pasible de ser demandado, conforme lo dispone el artículo 43 del CPACA¹⁵.

Adicionalmente, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005¹⁶ estableció el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, el cual fue reglamentado por el Decreto 2831 de 2005, compilado por el Decreto 1075 de 2015, de cuyo texto se extraen las siguientes etapas:

1. El docente debe radicar la solicitud de reconocimiento de prestaciones sociales ante la secretaría de educación, o la dependencia u organismo que haga sus veces, de la entidad territorial a la que se encuentre o hubiere estado vinculado el solicitante o causahabiente¹⁷.
2. Una vez recibida la solicitud, la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial deberá¹⁸: a) radicar las peticiones; b) expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo,

¹⁵ Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación

¹⁶ Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de prestaciones sociales del magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

¹⁷ Al respecto puede verse el artículo 2 del Decreto 2831 de 2005.

¹⁸ Al respecto pueden verse los artículos 3 y 4 del Decreto 2831 de 2005

certificación de tiempo de servicio, régimen salarial y prestacional del docente peticionario o causahabiente; c) elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria para su aprobación, junto con la mencionada certificación; d) la sociedad fiduciaria, dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, deberá impartir su aprobación o indicar las razones de su negativa, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación; e) previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria, suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas y notificarlo al interesado; y f) remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales.

Bajo este contexto, se observa que el pago de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁹. Además, el ordenamiento jurídico ha previsto un sistema que permite a los interesados acceder a sus derechos prestacionales por intermedio de la entidad territorial a la que se encuentran adscritos, con el fin de que se tramiten e impulsen las respectivas reclamaciones ante la entidad fiduciaria que administra los recursos del Fondo.

Teniendo en cuenta el anterior procedimiento, es posible concluir que el oficio expedido por la Dirección de Personal de Instituciones Educativas de la Gobernación de Cundinamarca puso fin a la actuación administrativa iniciada con la petición que elevó la demandante con el fin de obtener el cambio de régimen del auxilio de cesantías. Es así como el ente territorial intervino en dicho trámite conforme a las competencias legalmente asignadas e impidió una actuación posterior ante otra entidad o autoridad pública, razón por la que el acto acusado adquirió la connotación de definitivo y es pasible de control judicial.

ii) Contrario a lo indicado por el *a quo*, en el presente caso no es posible argumentar que la única manera de reclamar en sede judicial la aplicación del régimen retroactivo de cesantías lo sea a través del enjuiciamiento de las resoluciones que liquidan anualmente la prestación o que hacen reconocimientos de cesantías parciales o definitivas, ya que la demandante continuó vinculada como docente oficial y, según lo certificó la Secretaría de

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, sentencia de 17 de noviembre de 2016, radicado: 66001 23 33 000 2013 00190 01 (1520-2014), demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz, demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Educación de Cundinamarca, inclusive al momento de presentar la demanda se encontraba en servicio activo²⁰, es decir, que resultaba válido discutir el régimen aplicable a la liquidación de su auxilio de cesantías.

iii) La prestación en comento se clasifica como unitaria cuando ha culminado el vínculo laboral del servidor público con la administración.

iv) El auxilio de cesantías se cataloga como una prestación periódica mientras se encuentre vigente el vínculo laboral del servidor público.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta el contexto fáctico descrito, esto es, la vigencia del vínculo laboral de la demandante y que la discusión atañe al régimen aplicable al auxilio de cesantías, es posible concluir que el derecho reclamado se cataloga como una prestación periódica y, por lo tanto: i) la interesada podía provocar el pronunciamiento de la administración con el fin de obtener el cambio del régimen anualizado al retroactivo; ii) las entidades demandadas tenían el deber de emitir una respuesta oportuna, de fondo y congruente con lo solicitado; iii) a esta actuación debía otorgársele el mérito suficiente para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en aras de solicitar la nulidad del acto expreso o presunto que emitiera la autoridad competente y el consecuente restablecimiento del derecho.

Valga aclarar que en casos con contornos similares al presente, al estudiar el fenómeno de la caducidad del medio de control, esta Corporación ha concluido que el criterio antes expuesto resulta aplicable sin importar si se encuentra en discusión el régimen bajo el cual se debe estudiar el auxilio de cesantías o aspectos directamente relacionados con la prestación como lo serían los factores base de liquidación, reconocimiento de intereses o la sanción moratoria, entre otros. Al respecto el Consejo de Estado ha precisado²¹:

²⁰ La presente demanda se radicó el 6 de abril de 2017 (folio 23, cuaderno principal).

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 13 de diciembre de 2017, Expediente 05001-23-31-000-2010-01920-01(3295-14), actor: Adriana Muñoz Ángel. De igual manera, la Sección Segunda, Subsección B, mediante providencia de 26 de julio de 2018, radicado: 25000-23-42-000-2017-03640-01(2323-18), actor: Bernardo Antonio Guevara Orjuela, sostuvo que la discusión sobre el cambio de régimen del auxilio de cesantías puede presentarse mientras subsista el vínculo legal y reglamentario del servidor público con la administración, en los siguientes términos:

24. Conforme lo anterior, habrá de precisar la Sala, que dada la circunstancia que el accionante mantiene vigente su vínculo laboral y en esa medida subsiste la obligación del empleador de realizar el respectivo aporte para el auxilio de cesantías, resulta procedente que reclame a la administración la aplicación del régimen que aduce le corresponde, como sería, en el caso concreto, el retroactivo y no el anualizado, sin que sea necesario que en la petición que dio lugar al acto acusable haya solicitado de manera concreta el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, por cuanto, para el caso específico, lo debatido se encamina a la rectificación del régimen de cesantías que la administración le ha venido aplicando.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que en los casos en los que la discusión se centre en el reconocimiento de una prestación periódica no habrá lugar a que se configure el fenómeno de la caducidad.

Pese a que en el caso concreto la controversia no versa estrictamente sobre la prestación social, sino sobre el régimen que cobija a la actora (es decir retroactivo o anualizado), las anteriores consideraciones son plenamente válidas, pues mientras que el vínculo jurídico con la entidad demandada se encuentre vigente al momento de presentar la demanda (como en el caso concreto), no se podrá afirmar que existe caducidad y por lo tanto se podrá presentar la demanda en cualquier tiempo.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que en el *sub lite* no se configuró la causal de rechazo de la demanda, fundada en que el asunto carece de control judicial, ya que la vigencia del vínculo laboral de la actora con la administración le confería la connotación de periódica a la prestación sobre la cual versó su reclamación laboral, razón por la que resultaba acertado demandar el acto administrativo que resolvió esta petición.

Así las cosas, la Sala revocará el auto de 7 de julio de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F y, en su lugar, ordenará proveer sobre la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A,

Resuelve

Primero. Revocar el auto de 7 de julio de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, mediante el cual rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora María Edith Galarza Duarte, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar,

Segundo. Se ordena **devolver** el expediente al Tribunal de origen, una vez se encuentre en firme esta decisión, para que provea sobre la admisión de la demanda.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

cgg/ddg