



Proceso recibido en secretaría
21 OCT 2019
Hoy

Expediente: 47001-23-33-000-2019-00137-01 (2957-2019)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
de Ana María Bandera Noriega contra la Nación – Ministerio
de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones
Sociales del Magisterio

mayo de 2016), 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.

En mérito de lo expuesto, se

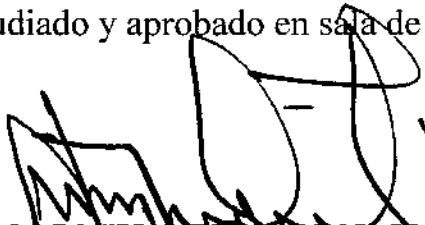
DISPONE:

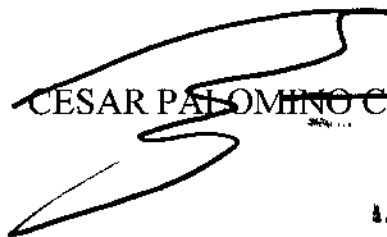
1.º Confirmar el auto de 15 de marzo de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que rechazó parcialmente la demanda del epígrafe por caducidad, conforme a la parte motiva.

2.º Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las constancias y anotaciones que fueren menester, para que continúe con el correspondiente trámite.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECRETARÍA SECCIÓN II
Se notificó en ESTADO NÚMERO a las partes la presente
el día hoy 25 OCT 2019 a las 5 p.m.



Expediente: 47001-23-33-000-2019-00137-01 (2957-2019)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
de Ana María Bandera Noriega contra la Nación – Ministerio
de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones
Sociales del Magisterio

iii) Petición formulada por la actora el 20 de noviembre de 2017, 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 [c]omunicado No. 014 [de] 04 de octubre de 2017»; y la sanción moratoria derivada del pago incompleto de la aludida prestación (ff. 23 a 25).

iv) Certificación de la procuraduría 155 judicial II para asuntos administrativos, en la que consta que el 31 de julio de 2018 la accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial, declarada fallida el 23 de octubre siguiente, por falta de ánimo conciliatorio (f. 22).

De los antecedentes expuestos, se tiene que a la demandante le fueron reconocidas las cesantías definitivas, a través de la Resolución 116 de 2016, decisión que le fue notificada el 26 de enero de la misma anualidad, sin que se observe que dicha decisión haya sido objeto del recurso de reposición que procedía (f. 28) o de demanda, dentro del término de 4 meses fijado en el artículo 164 (numeral 2, letra d) del CPACA.

Para la Sala, el comunicado de 14 de 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 personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media».

La sección segunda de esta Corporación, en sentencia de unificación de 14 de abril de 2016³, precisó que con lo dispuesto 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, la actora pudo pedir, en oportunidad, el reajuste de la cesantía definitiva reconocida, con la inclusión del concepto atrás aludido, fundada 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 116 de 2016, esto es, el 27 de mayo siguiente; no obstante, dado que la solicitud de conciliación extrajudicial (31 de julio de 2018) y la demanda (28 de febrero de 2019, f. 28) se incoaron con posterioridad a la mencionada fecha (27 de

³ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 14 de abril de 2016, expediente CE-SUJ215001333301020130013401 (3828-2014), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



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 asunto *sub judice* el *a quo* considera que lo pretendido por la actora es la reliquidación de las cesantías definitivas, reconocidas mediante Resolución 116 de 2016, acto respecto del cual operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Por su parte, la accionante afirma que los comunicados, circulares y conceptos emitidos por la Administración, con posterioridad al acto administrativo atrás referenciado, 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 la 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 116 de 22 de enero de 2016, a través de la cual la secretaría de educación de Santa Marta le reconoce a la demandante la suma de \$135.871.449, por concepto de cesantías definitivas (ff. 27 a 29). Decisión que fue notificada a la interesada el 26 de enero siguiente (f. 29 vuelta).

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 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 administrativa» (ff. 30 a 32).



Expediente: 47001-23-33-000-2019-00137-01 (2957-2019)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
de Ana María Bandera Noriega contra la Nación – Ministerio
de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones
Sociales del Magisterio

(CPACA) dispone que la demanda será rechazada cuando: (i) hubiere operado la caducidad; (ii) al ser inadmitida no hubiere sido corregida en la oportunidad legal; y (iii) el asunto no sea pasible de control jurisdiccional.

Al respecto, cabe precisar que en relación con la oportunidad para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 164 (numeral 2, letra d) del CPACA prescribe que «[c]uando 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».

Y en caso de haber sido presentada solicitud de conciliación extrajudicial, el referido término de caducidad de cuatro (4) meses se suspende hasta cuando concurra cualquiera de las circunstancias enunciadas en el artículo 3.º del Decreto 1716 de 2009¹.

5.4 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 cesantías² 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 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

¹ «**Suspensión del término de caducidad de la acción.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o
b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o de la Ley 640 de 2001, o
c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero [...].»

² 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.



Expediente: 47001-23-33-000-2019-00137-01 (2957-2019)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
de Ana María Bandera Noriega contra la Nación – Ministerio
de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones
Sociales del Magisterio

obstante tanto la solicitud de conciliación como la demanda fueron presentados fuera del término legal, esto es, el 31 de julio de 2018 [...] y el 28 de febrero de 2019 [...], respectivamente, por lo que operó el fenómeno jurídico de la caducidad frente a esta pretensión» (f. 41 vuelta).

Precisó que la anterior decisión, no impide que se admita la demanda en relación con el «acto ficto negativo configurado el día 20 de febrero de 2018, frente a la petición realizada el día 20 de noviembre de 2017».

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la accionante interpuso recurso de apelación (ff. 48 a 58), 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 siga desconociendo este rubro.

Puntualizó que si bien es cierto que la Resolución 116 de 2016 es un acto definitivo, no lo es menos que «la Fiduprevisora después de estarse equivocando durante casi tres (3) años [...], por medio de una [c]ircular ordena a las 95 secretarías de educación de las entidades certificadas que[,] a partir [del] 01 de mayo de 2017, se empiece a liquidar esta prestación con la inclusión del [aludido] factor salarial» (f. 50).

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» (f. 55), y que, en todo caso, no se puede desconocer que el acto ficto controvertido puede demandarse en cualquier tiempo.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia. Conforme a lo preceptuado en los artículos 125, 150, 243 (numeral 1) y 244 (numeral 3) del CPACA, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto de 15 de marzo de 2019, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Magdalena rechazó parcialmente la demanda por caducidad.

5.2 Problema jurídico. De conformidad con los antecedentes expuestos, el problema jurídico se contrae a determinar si le asiste razón jurídica o no al *a quo* al haber rechazado parcialmente por caducidad este medio de control o, si por el contrario, se ejerció en tiempo.

5.3. La caducidad de la acción. El artículo 169 de la Ley 1437 de 2011



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente: 47001-23-33-000-2019-00137-01 (2957-2019)
Demandante: **Ana María Bandera Noriega**
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Tema: Reliquidación cesantías definitivas
Actuación: Apelación auto que rechaza parcialmente la demanda por caducidad

I. ASUNTO POR RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la demandante (ff. 48 a 58) contra el auto de 15 de marzo de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena (ff. 39 a 43), que rechazó parcialmente la demanda del epígrafe por caducidad.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

El 28 de febrero de 2019 (ff. 1 a 18), la señora Ana María Bandera Noriega, a través de apoderado, incoó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho orientado a obtener la anulación del acto ficto «configurado el día **20 DE FEBRERO DE 2018**, frente a la petición realizada el día **20 DE NOVIEMBRE DE 2017**[,] por el 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, pide que se reajuste la cesantía definitiva «con la inclusión de la [p]rima de [s]ervicios como factor salarial para la liquidación» y reconozca la sanción moratoria por el pago incompleto de dicho auxilio.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena, con auto de 15 de marzo de 2019 (ff. 39 a 43), rechazó parcialmente la demanda del epígrafe por caducidad, al considerar que lo pretendido por la actora es la reliquidación de sus cesantías definitivas, prestación unitaria reconocida mediante Resolución 116 de 22 de enero de 2016.

Sostuvo que la aludida resolución debió demandarse dentro de los cuatro meses previstos en el artículo 164 (numeral 2, letra d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), lapso que, en el asunto *sub examine*, venció el 27 de mayo de 2016, «no