



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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C. siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Radicado No.	270012333000201500136 01.
No. interno:	2841-2018.
Actora:	Carmen Rosa Mosquera Mosquera.
Demandado:	Departamento del Chocó.
Trámite:	Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer si el acto por medio del cual se declaró insubsistente a la demandante se encuentra inmerso dentro del fenómeno de caducidad.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, por medio de la cual declaró probada de oficio la excepción de caducidad y en consecuencia denegó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera contra el Departamento del Chocó.

I. ANTECEDENTES²

1.1 La demanda y sus fundamentos.

Carmen Rosa Mosquera Mosquera, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Ley 1437 de 2011-, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Decreto 0301 de 3 de junio de 2005, por medio del cual el Gobernador del Departamento del Chocó declaró insubsistente su nombramiento en

¹ Informe visible a folio 104.

² Demanda visible a folios 1 al 6 del expediente.

³ El abogado Eduardo Mosquera Cristancho.

provisionalidad del cargo de Auxiliar de Servicios Generales código 6035 grado 01 del Colegio Luis Lozano Scipión ubicado en el municipio de Condoto (Chocó); y, del acto ficto o presunto generado por haber operado el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto del recurso de reposición en contra del anterior acto administrativo.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro al cargo de Auxiliar de Servicios Generales grado 01 código 6035 del Colegio Luis Lozano Scipión o a un cargo de igual o similar categoría; el pago debidamente indexado de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la declaratoria de insubsistencia hasta que se efectúe su reintegro efectivo; dar aplicación a la sentencia en los términos del artículo 179 del C.C.A.; y, la cancelación de las costas y agencias en derecho.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la demandante, así:

Señaló que la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera fue nombrada en provisionalidad, por medio del Decreto 0272 de 2001⁴ suscrito por el Gobernador del Departamento del Chocó, para que se desempeñara como Auxiliar de Servicios Generales grado 01 código 6035 en el Colegio Luis Lozano Scipión, cargo del cual tomó posesión el 1º de junio del mismo año.

Afirmó que a través del Decreto 0301 del 3 de junio de 2005⁵, expedido por misma autoridad administrativa, fue declarado insubsistente su nombramiento. En tal virtud, el 15 de julio de 2005 presentó recurso de reposición contra el mencionado acto administrativo, sin que a la fecha se hubiese obtenido respuesta alguna.

1.2 Normas vulneradas y concepto de vulneración

Como disposiciones transgredidas citó las siguientes:

⁴ Visible a folio 12 del expediente.

⁵ Visible a folio 15 del expediente.

Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 53, 58, 90 y 125; Ley 909 de 2004.

Como concepto de vulneración de las normas invocadas, la demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad por el cargo que se expone a continuación:

Falta de motivación. Toda vez que, para el 3 de junio de 2005, fecha en que fue proferido el acto acusado, se encontraba en vigencia la Ley 909 de 2004⁶, la cual determinó que es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. En tal virtud, la decisión acusada no estuvo sujeta a motivos legales, lo que significó que el acto acusado fuese expedido de forma irregular, dado que quienes ocupen cargos que son propios de carrera administrativa solo podrán ser desvinculados de la administración por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente establecida en la ley.

Añadió que este mandato se aplica a los empleados de carrera administrativa indistintamente de si la designación se efectuó en propiedad o en provisionalidad, pues así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-222 de 2005⁷.

Señaló que, en caso de que se desvincule a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera administrativa, y éste no sea motivado, se incurre en un desconocimiento al debido proceso, derecho fundamental consagrado en la Constitución Política.

⁶ Ley 909 de 2004: Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Artículo 49 parágrafo 2.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-222 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

" (...) Pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. En tal sentido esta Corporación ha reiterado que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar. (...)

1.3 Contestación de la demanda.

El Departamento del Chocó por medio de su apoderado judicial, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y se opuso en su totalidad al reconocimiento de las suplicas con fundamento en los siguientes argumentos⁸:

Expuso que la designación de un empleado nombrado en provisionalidad tiene lugar frente a empleos que son propios de carrera administrativa con personal no seleccionado, tal circunstancia permitió deducir que el nombramiento de la demandante no tuvo un efecto inherente al nombramiento de un empleado de carrera, puesto que no se vinculó según todos los requisitos del sistema de méritos y, por tanto, no le fue otorgada la estabilidad propia del mismo.

Resaltó que la permanencia de un servidor público en un cargo ocupado en provisionalidad por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad, en consecuencia, no le surgía al empleador la obligación de motivar el acto de insubsistencia.

Finalmente interpuso las siguientes excepciones: i) indebida representación de parte, por cuanto el mandato otorgado al abogado demandante tenía como finalidad obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de la accionante y no la declaratoria de configuración del fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo para generar un acto ficto o presunto tal como se consignó en la demanda, lo cual resulta una extralimitación; ii) prescripción de la acción, pues si el derecho reclamado se causó en junio de 2005 y la demanda fue presentada en octubre de 2015, es evidente que ha operado este fenómeno; e iii) inexistencia del derecho, pues el retiro de una persona que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia.

⁸ Visible a folios 31 al 37.

1.4 La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante sentencia del 8 de marzo de 2018⁹ declaró probada la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Afirmó que en el sistema procesal administrativo colombiano, los actos de nombramiento y remoción, como lo es el acto que declara la insubsistencia, no procede la interposición de los recursos de la vía gubernativa por disposición de la ley¹⁰, es decir que en el presente caso la actuación correcta sería la presentación de una demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa una vez se encuentre ejecutoriado el mismo. En este orden de ideas, interponer un medio de impugnación que la ley prohíbe para controvertir una decisión, es una actuación inane, en consecuencia, el recurso de reposición presentado por la demandante no podría generar el fenómeno del silencio administrativo negativo.

Recordó que la caducidad genera la extinción del derecho de acción por el transcurrir del tiempo; de manera tal, que la demanda debe ser presentada dentro de los términos establecidos por la ley con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica, lo cual limita, de manera justificada, el derecho de acción de los ciudadanos. En tal sentido, el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹¹, *«el cual se encontraba vigente para el momento en que se expidió el Decreto 0301 de 2005»*, planteó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho caducaba al cabo de 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución¹² del acto según fuere el caso.

⁹ Sentencia 026 del Tribunal Administrativo del Chocó, Magistrada Ponente: Mirtha Abadía Serna.

¹⁰ Artículo 49 del Decreto 01 de 1994 (vigente al momento de expedición del acto):

“(…) No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa (…).”

¹¹ *“ARTÍCULO 136: Caducidad de las acciones:*

(…)”

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

(…)”

¹² El artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, vigente al momento de presentación de la demanda estableció que, si se trataba de un acto de ejecución, el término se contaría a partir de ésta.

En este orden de ideas, aseveró que encontró ajustado a la ley el hecho de que el Departamento del Chocó no concediera recurso alguno en contra del acto administrativo que retiró a la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera de su cargo, puesto que resulta improcedente de acuerdo al artículo 49 del Código Contencioso Administrativo¹³, por lo mismo, el Decreto 0301 de 2005 quedó en firme desde el momento en el que le fue notificado personalmente a ésta, dado que no procedía ningún recurso, tal y como lo establece el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo¹⁴.

Aseguró que, de acuerdo al material probatorio allegado al proceso, la demandante laboró hasta el 11 de julio de 2005, fecha en que se le notificó personalmente el acto administrativo de insubsistencia que la separó de su cargo, por lo que a partir de este momento empezó a contabilizarse el término de caducidad de 4 meses para demandar la nulidad y restablecimiento, esto es desde el 12 de junio de 2005, por lo que, al momento de presentación de la demanda (30 de septiembre de 2015) ya habían transcurrido 10 años, lo que llevó a declarar probada de oficio la excepción de caducidad del medio de control.

1.5 El recurso de apelación

La señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos¹⁵:

Manifestó que no se puede desconocer que se debe estudiar la legalidad del Decreto 0301 de 2005 y también el acto ficto o presunto generado del silencio administrativo negativo respecto del recurso de reposición interpuesto en contra del anterior acto administrativo, dado que no es un acto general, de trámite, preparatorio o de ejecución; todo lo contrario, es particular y concreto porque

¹³ "Artículo 49. Improcedencia <vigente al momento de expedición del acto>: No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa. (...)"

¹⁴ "ARTICULO 62. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. <Vigente al momento de expedición del acto> Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. (...) "

¹⁵ Visible a folios 77 a 86 del expediente.

porque resuelve una situación jurídica específica de la demandante, así las cosas, sería procedente interponer un recurso de reposición según lo establecido en el artículo 50 del Decreto 01 de 1984¹⁶.

Señaló que se generó una falta de correspondencia entre lo solicitado en la demanda y lo resuelto en el fallo, por cuanto se utilizó como norma para motivar la sentencia, el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo y no el artículo 50 *ibídem*, esto en razón a que confundió la naturaleza de los actos demandados.

En su sentir, era viable la interposición del recurso de reposición contra el Decreto 0301 de 2005, y en virtud a que nunca fue resuelto, se debía proceder a declarar la configuración del silencio administrativo negativo; en otras palabras, como no se resolvió el recurso, no era posible que operara la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el acto querellado no estaba ejecutoriado y continuó así hasta la fecha de presentación de la demanda.

Finalmente, expresó que en los casos en los que se configura un acto ficto o presunto derivado de un silencio administrativo, no existe término perentorio alguno que dé cabida al fenómeno de la caducidad, tal como se establece en el numeral 3 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984¹⁷, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁸ y de la Corte Constitucional¹⁹.

¹⁶ " (...) ARTICULO 50. RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. (...)"

¹⁷ "(...) ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES:

(...)"

3. La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo (...)"

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, auto 201301457 del 2016, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-875 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

II. CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

Previo a establecer el problema jurídico, y atendiendo que el argumento expuesto en el recurso de apelación por la parte demandante está dirigido a cuestionar la configuración del fenómeno de caducidad declarada por el *a quo*, considera la Sala necesario establecer si resultaba procedente la interposición del recurso de reposición presentado por la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera en contra del Decreto 0301 del 3 de junio de 2005, por medio del cual el Gobernador del Departamento del Chocó declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 6035, grado 01 del Colegio Luis Lozano Scipión, pues de no ser así, no se podría efectuar estudio alguno.

Bajo ese contexto, de acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia, en contraste con los cargos establecidos por la apelante para solicitar la nulidad del acto acusado, es pertinente realizar un estudio sucinto de la teoría del acto administrativo, sus elementos, características y clasificación, para aplicarlo al caso *sub examine* y a partir de ello determinar si se configuró el fenómeno de la caducidad respecto a la acción instaurada. Para el efecto, la Sala considera necesario abordar los siguientes temas: i) el acto administrativo desde una perspectiva legal, jurisprudencial y doctrinal; ii) del acto de insubsistencia; iii) del fenómeno de caducidad; y, iv) del caso en concreto.

i) El acto administrativo desde una perspectiva legal, jurisprudencial y doctrinal.

Uno de los mayores ejemplos de la materialización de los fines del Estado Social de Derecho, es la adopción del acto administrativo como forma de comunicación de la voluntad estatal en aras a garantizar el orden y la estabilidad política, económica y social. Debido a la importancia que contiene este concepto, es posible encontrar dentro de la legislación nacional, numerosas normas que hacen referencia a sus causas, límites, formas de ser controvertidos y factores procedimentales en razón de su relevancia en la ejecución del papel garantista y regulador del Estado.

Sin embargo, ha sido la jurisprudencia la encargada de brindar mayor amplitud al concepto, la Corte Constitucional²⁰, por ejemplo, ha definido el acto administrativo como “ (...) *la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados (...)*” El Consejo de Estado, por su parte, ha profundizado aún más al establecer cuáles son los elementos que hacen parte de la esencia del mismo y que, por tanto, lo diferencian de otras manifestaciones estatales como los hechos u operaciones administrativas, en tal sentido, se emitió el siguiente pronunciamiento²¹:

“(...) El acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que afectan su legalidad (...)”.

Es importante hacer énfasis en los elementos sustanciales de un acto administrativo y en la manera como éstos, en conjunto, hacen que nazca a la vida jurídica, en aras de establecer cuándo se encuentran ajustados a la ley y cómo debe ser el procedimiento a seguir en caso de que ocurran controversias respecto al mismo, para el efecto, se señala lo dicho por el doctrinante Luis Berrocal Guerrero en su libro ‘*[m]anual del Acto Administrativo*’²², en el cual expresa qué:

Los elementos esenciales de un acto administrativo son básicamente cuatro, a saber: es una **declaración**, ya que al ser un acto jurídico es una expresión formal, ideal o teórica de la actividad del Estado; es **unilateral** puesto que se constituye o nace con la sola declaración de la autoridad u órgano que lo emite, es decir que proviene de un solo extremo, por tanto, los derechos y obligaciones que de él surjan no resultan del acuerdo de voluntades o de convenios, si no del mero

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1436 DEL 2000, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia N. 110010327000201300007 00, Magistrada Ponente: Stella Jeanette Carvajal Basto.

²² BERROCAL, Luis Enrique, 2016. Manual del Acto Administrativo, pág. 81.

pronunciamiento o decisión estatal; **se realiza en ejercicio de la función administrativa**, es decir, a partir de una potestad otorgada por el ordenamiento; y, **produce efectos jurídicos directos**, lo cual, en palabras de esta corporación²³ significa que: " (...) es una manifestación de la voluntad de la Administración que tiene la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica (...)"

Cabe aclarar que, aún cuando un acto administrativo posee los mencionados elementos, necesita estar acorde al ordenamiento jurídico para ser considerado válido, noción que se obtiene a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁴ en la que se estableció que:

"(...) Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular (...)"

La anterior disposición garantiza que, si bien los actos administrativos se efectúan de manera unilateral, esto no significa que respondan a un ejercicio arbitrario o independiente de quien lo expide, por el contrario, necesitan estar conforme a la Constitución Política y a la normativa superior que lo regula, es por esto que esta Corporación²⁵, determinó lo siguiente:

"(...) Ningún acto de tal naturaleza debe escapar del control jurisdiccional, precisamente para que se examine si quien lo expidió tenía competencia para

²³ CONSEJO DE ESTADO, sentencia N. 2667 del 15 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-069 de 1995, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, radicado N. 4821 de 1977, Consejera Ponente: Clara Forero de Castro.

ello y si al ejercerla lo hizo con observancia de las disposiciones superiores que gobiernan la materia. (...)”.

En tal virtud, es valido afirmar que, si el acto administrativo es expedido por un funcionario competente, con arreglo a las normas constitucionales y legales superiores, es considerado valido, característica que no se debe confundir con la eficacia del acto, explicada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“ (...) La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente. (...)”

Pese a que se ha buscado dar una noción global de lo que es un acto administrativo, que reúna los elementos otorgados por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, es claro que las características procedimentales propias de cada acto, dependen de los supuestos de hecho y de derecho que lo rodean, por lo que considera necesario esta Sala, realizar una pequeña clasificación de los actos administrativos dando prevalencia a aquellos cuyos factores sustanciales y formales resultan relevantes al caso *sub examine*, tal como se evidenciará a continuación:

Actos administrativos definitivos, de trámite y ejecución: Según los efectos que produzca el acto y su capacidad conclusiva, pueden ser definitivos, de trámite, preparatorios o de ejecución, veamos entonces una breve definición de cada uno:

Los **actos definitivos**, según lo dispone el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son aquellos

que de forma directa o indirecta deciden de fondo un asunto, de manera tal que se hace imposible continuar con la actuación. Por su parte, los **de trámite**, comprenden los preparatorios, de ejecución y, en general, todos los actos de impulso procesal, los cuales no crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta, sino que están encaminados a contribuir con su realización. Con respecto a dichos actos se ha indicado que *“no expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.”*²⁶

La diferenciación en mención se ha considerado como elemento relevante para la previsión de los mecanismos de contradicción. En efecto, mientras el artículo 74 del C.P.A.C.A. prevé los recursos que proceden contra los actos definitivos, el artículo 75 *ibídem* establece que *“[n]o habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”*

Sobre la clasificación analizada, ha dicho la Corte Constitucional²⁷ que, *“[l]a distinción entre actos definitivos y de trámite obedece a la forma que adoptan las actuaciones de la administración, en la que se adelantan actos previos para la determinación o alteración de una situación jurídica -preparatorios-, se emiten decisiones que crean, modifican o extinguen la situación jurídica concreta -definitivos- y se realizan diversos actos dirigidos a ejecutar u obtener la realización efectiva de la decisión de la administración -de ejecución- (...)”*. Por su parte, esta Corporación al hacer referencia expresa a las diferencias entre unos y otros, la sección quinta de esta corporación en una sentencia del 22 de octubre de 2009²⁸ manifestó lo siguiente:

“ (...) La norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de unificación 617 de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-412 de 2017, Magistrada Ponente: Gloria Estella Ortiz Delgado.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO; sentencia de 22 de octubre de 2009, radicado 11001-03-28-000-2008- 00027-00, Magistrado Ponente: Filemón Jiménez.

prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo. La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos por la vía gubernativa y asimismo de control jurisdiccional contencioso administrativo, conforme a los artículos 49, 50 y 84 del Código Contencioso Administrativo (...)" (Destaca la Sala).

Actos administrativos discrecionales y reglados: Esta clasificación responde al grado de autonomía que tiene el funcionario que expide el auto para decidir sobre el mismo, en palabras del doctrinante Luis Berrocal Guerrero²⁹, son actos **discrecionales** " (...) los que resultan de atribuciones en cuyo ejercicio su titular es libre de escoger la oportunidad para su expedición' y/o valorar la conveniencia o el mérito para el mismo efecto, así como el destinatario del acto (...)", en contraposición, un acto administrativo **reglado** es aquel " (...) en cuya expedición el funcionario se encuentra limitado en todos los aspectos, de modo que se deben producir en las circunstancias de hecho, tiempo, modo y demás que señale la ley o el reglamento. (...)". Es necesario aclarar que resulta inadmisibles confundir discrecionalidad con arbitrariedad, pues ambos tipos de actos están sujetos al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho y al respeto por los derechos y preceptos plasmados en la Constitución, al respecto, ha dicho la Corte Constitucional³⁰:

"(...) Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

(...)

Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar

²⁹ Berrocal, Luis Enrique, 2016. Manual del Acto Administrativo, pág. 184 a 187.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-031 del 95, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. (...)"

Actos administrativos expresos y presuntos: Un acto administrativo es **expreso** cuando es producto de la actividad de las autoridades estatales y es la materialización física de la declaración de éstas, a *contrario sensu* un acto es considerado **presunto** cuando, debido a una ficción creada por el legislador, se crea un acto administrativo si al vencimiento de cierto plazo, la administración guardó silencio respecto a un asunto que debía resolver ya sea, a petición de parte o de oficio. Cabe aclarar que estos actos solo tienen ocurrencia en medio del procedimiento administrativo y por regla general, son de carácter negativo, tal como se expresó en esta Corporación³¹:

" (...) Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de Petición (artículo 23, C.P.), y, principalmente, de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229, C.P.), la normatividad nacional ha previsto, como instituto que opera como una garantía, exclusivamente en favor de los peticionarios, que una vez transcurra el término consagrado en la ley para que las autoridades respondan las peticiones que les sean formuladas, sin que el solicitante hubiere obtenido decisión que la resuelva, opere el silencio administrativo, en virtud del cual se entiende, para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración adoptó la decisión correspondiente con la cual decide de fondo la petición que le ha sido elevada, decisión que estará contenida en lo que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto, el cual bien puede ser negativo o positivo. Oportuno resulta precisar que - independientemente de la responsabilidad disciplinaria a que haya lugar- a la configuración del silencio administrativo y, por tanto, del correspondiente acto administrativo ficto o presunto, habrá lugar en todos aquellos eventos en que la Administración no resuelva o no decida el fondo de la petición que le ha sido elevada, lo cual incluye todos aquellos casos en los cuales la respuesta que se brinde a la petición correspondiente resulte puramente formal o de trámite, pero sin adoptar decisión o, lo que es lo mismo, sin resolver de fondo el objeto de la petición, así como los casos en que expedida la decisión la misma no se notifica en la forma y con el lleno de las exigencias legales (artículos 44 y 45 C.C.A.), puesto que la falta de notificación o la irregularidad de la misma impide la generación de efectos legales respecto del acto administrativo proferido en virtud de una petición (artículo 48 C.C.A.), de tal suerte que su sola expedición -sin notificación en debida forma-, no tiene la virtualidad para interrumpir el término consagrado en la ley como requisito para la configuración del silencio administrativo.

Por regla general, en el derecho colombiano, el acto ficto o presunto se debe entender como respuesta negativa de lo solicitado, el cual opera tanto en relación con la petición inicial, cuestión que da lugar a la configuración del denominado silencio administrativo sustancial o inicial, como en relación con los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa contra actos administrativos previos -ora expresos, ora fictos o presuntos-, caso éste en el

³¹ CONSEJO DE ESTADO, radicado N. 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

cual se denomina silencio administrativo procesal o adjetivo. La misma regla general indica que el silencio administrativo negativo sustancial o inicial opera por ministerio de la ley, esto es, sin necesidad de declaratoria judicial, cuando ha transcurrido un plazo de tres (3) meses, que se cuenta a partir de la presentación de la petición, sin que se haya notificado la respectiva respuesta, decisión o resolución. (...)"

Al respecto, es pertinente recordar que se entiende por silencio administrativo cuando el administrado no obtiene respuesta a una petición elevada ante la administración, o no se produce dentro de un término prudente, conforme a lo establecido en el artículo 40 del C.C.A., reproducido en los mismos términos por el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³².

ii) Del acto de insubsistencia.

La insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio aplicable para quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad cargos de carrera administrativa; ésta se produce por la facultad discrecional de remoción de la que están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación al empleo para el cual un servidor fue designado. Lo cual, en palabras de esta Corporación³³ significa que:

"(...) Es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario (...)"

Resulta pertinente ahora, determinar a qué categoría de los actos administrativos pertenece el acto de declaratoria de insubsistencia a fines de determinar cuál es el tratamiento procedimental al que están sujetos.

³² (...) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Artículo 83. Silencio negativo

Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en la que debió adoptarse el acto (...)"

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro.

Al respecto, se ha dicho en la presente providencia, que los actos definitivos de acuerdo con lo estipulado en el artículo 43 de la Ley 1437 son “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación (...)*”, en contraposición, los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. En este orden de ideas, únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones.

En tal virtud, el acto mediante el cual se declara a una persona insubsistente en un empleo, es un acto de ejecución, toda vez que se limita a materializar la decisión de la administración de separar a alguien de un determinado cargo, es por esto que, legal y jurisprudencialmente se ha hecho énfasis en que en este tipo de actos se entienden ejecutados con su mera expedición, sin que sea necesaria su publicación o notificación.

En referencia a lo expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado³⁴, ha manifestado que: “ (...) [c]uando el acto administrativo se publica o notifica, según el caso, deberá indicarse en el cuerpo del mismo si contra él proceden o no recursos de vía gubernativa; y en caso afirmativo, cuáles y en qué oportunidad se deben formular. En cambio, frente a los actos de insubsistencia dictados en ejercicio de la potestad discrecional de libre remoción, que ni se publican ni se notifican, sino que simplemente se ejecuta, el código administrativo proscrib[e] los recursos en forma implícita al precisar que los procedimientos administrativos regulados en la primera parte del mismo “tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción” (art. 1º del CCA) (...)”

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, sentencia del 3 de septiembre de 1996, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Pese a que la citada disposición hace referencia expresa a los actos de libre nombramiento y remoción, es necesario señalar que, a los empleados de carrera administrativa nombrados en provisionalidad, se les ha brindado un trato similar, así lo afirma el doctrinante Jairo Villegas Arbeláez³⁵, al expresar en referencia a la insubsistencia laboral que: *"la jurisprudencia de la Sección Laboral del Consejo de Estado las ha asimilado y asimila, particularmente en lo relacionado con los empleos pertenecientes a la carrera, desempeñados en provisionalidad, que bajo el pretexto de la no inscripción, se les asimila en su trato laboral, al libre nombramiento y remoción. (...)"*

III) De la caducidad:

Tal y como lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación³⁶, la caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia.

Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.

Se trata entonces de una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del Juez, cuando se verifique su ocurrencia.³⁷ También es una carga procesal que debe cumplir quien esté interesado en acudir al aparato jurisdiccional y su omisión lo priva del ejercicio del derecho de acción.

³⁵ Villegas Arbeláez, Jairo., Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales (2008) Legis Editores S.A.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B, de 19 de septiembre de 2013. Expediente N° 0753-2011 del 19 de septiembre de 2013, *Consejero Ponente*, Gerardo Arenas Monsalve.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

De otro lado, la justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de acciones como la de nulidad y restablecimiento del derecho, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.

En suma, la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.

Ahora bien, la ocurrencia de la caducidad debe verificarse por el juez al momento de admitir la demanda, en la medida en que constituye un presupuesto procesal de la acción, pero si ello no es posible, deberá ser analizada en la sentencia y conduciría a la inhibición para decidir de fondo el asunto.

iv) Del caso en concreto:

En razón de las condiciones propias del caso *sub examine*, de manera inicial procederá la Sala a estudiar si se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto en referencia al Decreto 0301 del 3 de junio de 2005 expedido por el Gobernador del Chocó³⁸ y del acto ficto que, según el apelante, surgió ante el silencio administrativo respecto al recurso de reposición presentado en contra del mencionado acto.

³⁸ Visible a folio 15 del expediente.

El artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, contemplado hoy en artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁹, determina la improcedencia de los recursos en contra de los actos de carácter general, los de trámite, preparatorios y de ejecución, clasificación dentro de la que se puede enmarcar el acto acusado -Decreto 0301 de 2005-.

Por otra parte, en términos constitucionales, se puede definir la figura del silencio administrativo como una herramienta que el legislador ha dispuesto para que el ciudadano pueda: i) hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo negativo, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración, recurriendo el acto ficto ante la jurisdicción o, ii) ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración.

Al estudiar en conjunto los dos supuestos de ley anteriormente señalados, se llega a la conclusión de que no es posible que opere el fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo en el *sub judice*, si el argumento para ello es la interposición de un recurso improcedente por expresa disposición legal, toda vez que impetrar un medio de impugnación que la ley no dispuso para controvertir una decisión de la administración, equivaldría a no haberlo interpuesto, y en consecuencia, no puede derivar en una situación de derecho que lo habilite para acudir ante esta jurisdicción.

En este sentido, se precisa que los actos de nombramiento y remoción, como lo es el acto que declara la insubsistencia de la demandante, no son susceptibles de ser acusados a través de la actuación administrativa relativa a los recursos, ya que no contienen una decisión definitiva, sino que se expiden con la finalidad de ejecutar dichas decisiones, así las cosas, procedía en el caso en cuestión, acudir ante la jurisdicción durante el término que la ley dispone, sin necesidad de realizar una reclamación administrativa previa.

³⁹ (...) *Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa. (...)*

Dado que se ha negado la posibilidad de configuración de un acto administrativo ficto o presunto, se entenderá como acto demandado, el Decreto 0301 del 2005 expedido por el Gobernador del Departamento del Chocó mediante el cual se declaró insubsistente a la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera del cargo que desempeñaba, para lo cual la Sala abordara su estudio a fin de establecer si el medio de control fue presentado dentro del término que la ley dispone para resolver esta clase de controversias.

Revisado el material probatorio allegado al plenario, se observa que la demandante laboró hasta el día 11 de julio de 2005⁴⁰, y es a partir de este instante en que se ejecuta o materializa la decisión tomada por el Gobernador del Departamento del Chocó, mediante la expedición del Decreto 0301 del 3 de junio de 2005⁴¹, por lo que el acto de retiro empezó a producir efectos jurídicos desde el día en que la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera se desvinculó definitivamente del cumplimiento de las funciones y dejó de prestar sus servicios a la entidad.

Así entonces, se tiene que el término de caducidad para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses contados a partir del día siguiente al que se ejecuta o materializa la decisión administrativa, lo cual conlleva a afirmar que se ha configurado el fenómeno de la caducidad del medio de control impetrado, al haber sido presentada la demanda nueve años después de haberse notificado la decisión de desvincularla de la entidad *–30 de septiembre de 2015–*, tal y como se advierte con el sello de la Oficina Judicial de Quibdó⁴², es decir, cuando ya se había vencido ampliamente el término para presentar la demanda *–12 de noviembre de 2005–*.

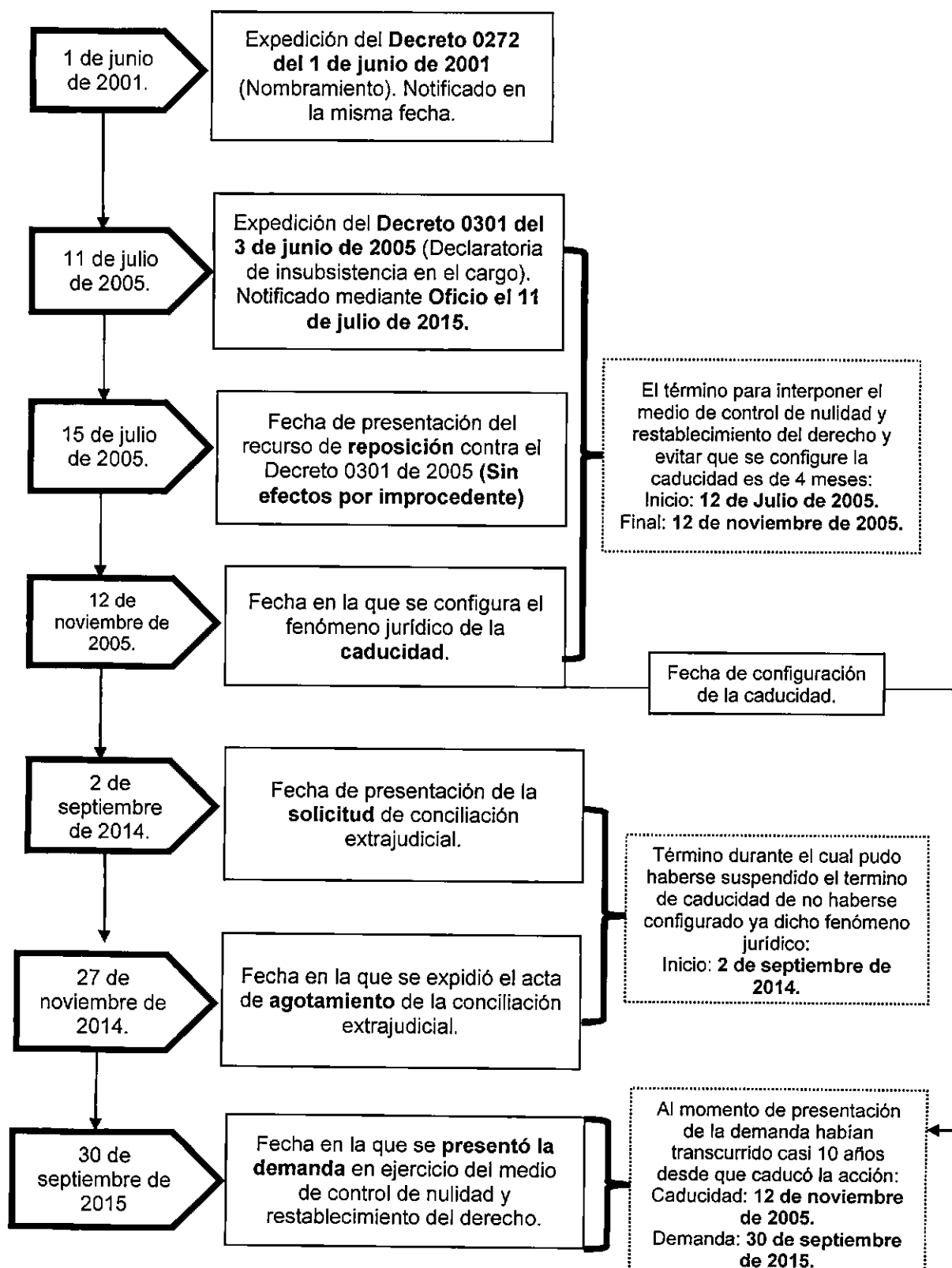
A partir de lo expuesto, se reitera que frente a los actos de insubsistencia, expedidos en ejercicio de la potestad discrecional de libre remoción, estos simplemente se ejecutan, y se proscriben los recursos en su contra, es así como, por tratarse de un retiro del servicio, el término para contabilizar la caducidad,

⁴⁰ Visible a folio 14 del expediente.

⁴¹ Visible a folio 15 del expediente.

⁴² Visible a folio 6 del expediente.

debe realizarse a partir de la ejecución del acto. Para efectos ilustrativos la Sala se permite presentar el siguiente flujograma en el cual se explica lo acontecido, veamos:



10.2 ABR. 2019

22

Radicado No. 270012333000201500136 01
No. interno: 2841-2018.
Demandante: Carmen Rosa Mosquera Mosquera.
Demandado: Departamento del Chocó.

La anterior circunstancia, permite afirmar que la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera cuestionó la legalidad del acto de insubsistencia una vez se encontraba agotado el término previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo que, en consecuencia, da lugar a declarar por probada la excepción de caducidad del medio de control, conforme lo realizó el *a quo* en la sentencia que se recurre, lo que imposibilita a la Sala a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la presente controversia.

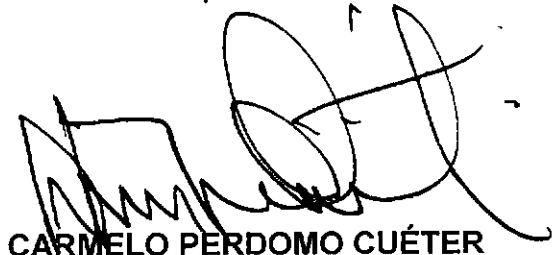
En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

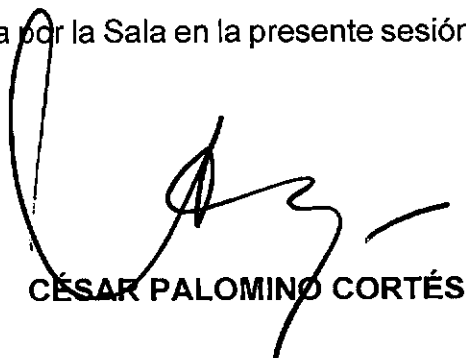
CONFIRMAR la sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, por medio de la cual declaró probada de oficio la excepción de caducidad y en consecuencia denegó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Carmen Rosa Mosquera Mosquera contra el Departamento del Chocó, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.



CARMELO PERDOMO CUÉTER



CÉSAR PALOMINO CORTÉS



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ