

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación Nº: 25000232500020110032701.

Número Interno: 3703-2013.

Actor: OMAR ALEXANDER CUTIVA MARTÍNEZ

Demandada: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE
GOBIERNO

DIRECCIÓN CARCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE
MUJERES DE BOGOTÁ

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES

DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 20 de noviembre de 2012, proferida por la Sección Segunda - Subsección E -, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A, el accionante demanda¹, **en primer lugar**, declarar la nulidad del Oficio 20103330227081 del 10 de junio de 2010, por el cual el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital responde reclamación laboral, y de la Resolución No. 460 del 27 de agosto del mismo año, mediante la cual se resuelve recurso de reposición. **En segundo lugar**, solicita inaplicar la Resolución No. 029 de 2010 por medio de la cual la Secretaría de Gobierno de manera ilegal fija la jornada máxima laboral en 66 horas semanales para el personal del cuerpo custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, por no ser de su competencia sino del legislador, toda vez que el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 determina que el salario de los empleados públicos corresponde a jornadas de 44 horas semanales.

Resultado de la nulidad de los actos demandados, a título de restablecimiento del derecho reclama:

1) La liquidación y cancelación, respecto del tiempo laborado entre el 20 de mayo de 2007 y la ejecutoria del fallo, de 50 horas extras mensuales diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima legal de 44 horas semanales -artículos 33 y 36 Decreto 1042 de 1978-.

2) Se le reconozca 15 de días de salario básico como tiempo compensatorio, por cada mes laborado entre el 20 de mayo de 2007 y la ejecutoria de la sentencia que ponga término al proceso, y proporcionalmente por los días

¹ El escrito de demanda obra a fls.66-141 del C 1. Presentada el 5 de abril de 2011 (reverso fl.141 y fl.142).

Observación: En adelante, cuando se citen folios y no se mencione cuaderno debe entenderse que son del C 1.

que excedan de los meses de trabajo, toda vez que laboró 360 horas mensuales, de las cuales sólo 190 son parte de la jornada máxima legal vigente -literal e, artículo 36 *ídem*-.

3) Se liquide y pague los descansos compensatorios entre el 20 de mayo de 2007 y la ejecutoria de la providencia que decida el proceso, por haber laborado de manera ordinaria días domingos y festivos -artículo 39 Decreto 1042 de 1978-.

4) Reliquidación y pago de los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios, y los recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235%, a cifras reales, entre el 20 de mayo de 2007 y la firmeza del fallo que ponga fin al proceso -artículos 34 y 39 del aludido decreto-.

5) Reliquidación y cancelación de primas y factores salariales, así como de sus cesantías, éstas últimas conforme lo dispuesto en los literales c), d) y l) del artículo 45 del mismo decreto.

6) Que las sumas resultantes de la condena sean ajustadas conforme el artículo 178 del C.C.A., y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 *Ibídem*.

Los hechos soporte de lo pretendido se condensan así:

Indicó el actor que ingresó como guardián Código 485, Grado 13, al servicio del Distrito Capital el 13 de octubre de 1999, y se encuentra encargado como Cabo de prisiones 428-15 percibiendo como asignación básica mensual para los años 2006, 2007, 2008 y 2009 las sumas de \$917.889, \$977.552, \$1.306.206 y \$1.119.828 respectivamente.

Señaló que mediante la Resolución No. 1563 del 31 de marzo de 2009, se estableció para los empleados que pertenecen al cuerpo de custodia y vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital, turnos de 24 horas de labor consecutivas que van de 7 a.m a 7 a.m del día siguiente, por 24 horas de descanso.

Que por intermedio de apoderado el 21 de mayo de 2010 presentó derecho de petición, reclamando lo que ahora pretende en sede judicial, es decir, liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de los factores salariales y prestacionales con su respectiva indexación.

Dijo que su solicitud fue contestada mediante Oficio No. 20103330227081 del 10 de junio de 2010, notificado personalmente el 24 del mismo mes y año, y que en el segundo y tercer párrafo del mismo le manifestaron:

“La Secretaría Distrital del Gobierno actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente a los turnos laborados por el señor Cutiva Martínez y de acuerdo a ello entrar a liquidarle los emolumentos solicitados.

En consecuencia, cuando la entidad cuente con la mencionada liquidación de su presentado procederá a notificársela”

Anotó que, “con el objeto de agotar vía gubernativa”, el 29 de junio de 2010 presentó recurso de reposición; el cual fue resuelto por la demandada mediante la Resolución No. 460 del 27 de agosto de 2010 confirmando la decisión inicial, y que en ella se hizo mención a la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1990 a 2008 sobre la jornada laboral para la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos y ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales, “y se declara agotada la vía gubernativa”.

Normas violadas y concepto de violación

Constitucionales: Artículos 1, 2, 13, 25, 39, 46 y 53 de la Carta Política.

Legales: Artículos 33 a 39 Decreto 1042 de 1978.

Como epicentro del concepto de violación expuso que desde hace varios años la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que a los empleados territoriales se les debe aplicar respecto de la jornada laboral el Decreto 1042 de 1978, por lo tanto el salario básico que perciben corresponde a una jornada laboral máxima de 44 horas semanales que, a su vez, equivalen a 190 horas mensuales.

Que el hecho que las labores de los Guardianes, Cabos, Sargentos y Tenientes de prisiones al servicio del Distrito sean de turnos sucesivos de 24 horas de labor por 24 de descanso, no implica que se trate de labores discontinuas o intermitentes, y que no existe una justificación para que a otros empleados del Distrito sí les ampare la jornada de 44 horas semanales y a los empleados que prestan el servicio de vigilancia y custodia en la Cárcel Distrital de Varones y anexo de Mujeres no.

Contestación de la demanda

La parte pasiva contestó la demanda². Se pronunció respecto de a todos y cada uno de los hechos y evidencia su oposición a lo pretendido. Señaló que en lo que se refiere al pago de las horas extras no hay discrepancia, sino que la divergencia jurídica surge en relación con la forma como el actor pretende

² Fls.149-166.

se le liquiden las mismas y demás derechos laborales, y si en virtud del principio de favorabilidad resulta más beneficioso para él el sistema de pago que maneja el Distrito.

Propuso como excepción la genérica.

LA SENTENCIA APELADA³

La Sección Segunda - Subsección E -, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 20 de noviembre de 2012, declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, se inhibió para decidir de fondo.⁴

³ Fls.394-405.

⁴ Dos de los tres Magistrados que componen la Sala de Subsección del Tribunal hicieron aclaración de voto (fls.406-409).

En sus aclaraciones ambos manifestaron estar acuerdo con la decisión adoptada de declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, que impide que la Sala hiciera un pronunciamiento de fondo, por tratarse de actos de trámite.

a. La aclaración de uno de los Magistrados consistió en manifestar que si bien es función del Juez interpretar en muchas ocasiones lo pretendido por la parte demandante y buscar un pronunciamiento de fondo, *“en el caso sub - examine no puede llegarse al extremo que el Juez, en este caso colegiado, supla las deficiencias de quien la presenta... si bien en desarrollo del principio de interpretación de lo sustancial sobre lo procedimental, podría la Sala haber efectuado un pronunciamiento de fondo, lo cierto es que la demanda adolece de vicios insubsanables que impiden dicho proceder, pues la parte demandante, acusó un acto que no era controlable ante la jurisdicción”*. Dichos yerros dice, no pueden permitirle al Juez convertirse en parte del proceso o apoderado de la misma, y en este orden de ideas *“la parte demandante, no cumplió la carga de demandar actos definitivos que definieran su situación jurídica particular y pretender anular la **simple información**, no generaría ningún restablecimiento y de cantera dejaría incólume el acto que en efecto le negó el derecho pretendido”*.

b. La aclaración del otro Magistrado fue para señalar que los actos cuestionados no son la culminación de la actuación administrativa, *“pues se limitan a informar que se encuentran reuniendo la información para ‘entrar a liquidarle los emolumentos solicitados’, luego, no niegan las pretensiones”,* y manifiesta que *“la decisión inhibitoria obedece a que puntualmente los actos administrativos sometidos a control son de trámite y por lo mismo escapan del control jurisdiccional”,* pero la ineptitud que conllevó a la inhibición no es por el hecho de no haberse demandado el acto ficto, porque si bien *“fue la premura con la que actuó el demandante la que llevó a emitir el segundo pronunciamiento, que*

Dijo el Tribunal que el actor afirmó que a través de los actos cuestionados se le negó lo que hoy pretende en sede jurisdiccional, pero que ello no se corresponde con la realidad porque:

i) Revisado el contenido del Oficio 20103330227081 del 10 de junio de 2010, por el cual el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital responde la petición impetrada por el demandante, en él *“no se da una respuesta de fondo a los pedimentos de la activa, pues sólo se limita a indicarle que estaba en proceso de recaudo de la información necesaria para poder efectuar la liquidación de los conceptos reclamados”*, por lo tanto no se puede considerar que a la actuación administrativa adelantada en interés particular se le había puesto fin con el mencionado oficio, *“pues claramente constituye un mero acto de trámite,... no definitorio... que no concretó el ejercicio de la función administrativa atribuida al ente demandado con una decisión que resolviera la situación jurídica planteada... para lograr una modificación a las reglas que le son impuestas respecto de la jornada laboral a cumplir”*.

ii) *“A pesar de lo anterior”* el apoderado del Sr. Cutiva Martínez decidió interponer recurso de reposición en contra de la aludida comunicación; este recurso fue contestado por la misma instancia a través de la Resolución No. 460 del 27 de agosto de 2010, y si bien en este acto se hace mención de la jurisprudencia de la época sobre la jornada laboral, no lo es menos que visto su contenido *“encuentra la Sala que igualmente con el mismo no se produjo una decisión definitiva en torno a lo que pretende la activa”*.

confirmó el oficio 20103330227081 del 10 de junio de 2010,...considero no se cumplió el silencio que predica el artículo 40 ibídem”.

iii) Los actos acusados no crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular, ni se puede predicar de los mismos que -aun cuando eran de trámite- hicieron imposible continuar la actuación iniciada por el actor. Y al no tener el carácter de definitivo “*no es posible continuar el correspondiente estudio de fondo*”.

iv) Dijo además el *a quo* que como la accionada no precisó la fecha en que resolvería de fondo lo solicitado por el actor, y trascurrieron más de los 3 meses de que habla el artículo 40 del C.C.A.- contados desde la fecha en que hizo la petición el Sr. Cutiva Martínez, operó el fenómeno del silencio administrativo de efectos negativos, por ende debió demandar el acto ficto derivado del mismo, “*que por ser de carácter negativo, excluyó la posibilidad de acceder*” a lo que reclamaba, y como no lo hizo resulta probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, “*como quiera que la parte actora no individualizó correctamente la decisión que definió el pedimento que se propuso ante la pasiva...*”.

LA APELACIÓN

La parte demandante presentó y sustentó recurso de apelación solicitando revocar la sentencia del Tribunal, y resultado de ello acceda a las súplicas de la demanda.⁵

Anotó que el Tribunal incurrió en error en sus apreciaciones, toda vez que no se percató que al reverso del fl.41 del expediente “*aparece la constancia de notificación y la manifestación de la Entidad demandada sobre la*

⁵ Escrito de apelación a fls.411-430.

procedencia del recurso de reposición contra el mismo así como la decisión de la administración de declarar agotada la vía gubernativa con la Resolución 460 de 2010”, y que ante ello no existía otra alternativa legal que acudir ante la Justicia Contenciosa Administrativa.

Para acuñar su argumento trajo a mención decisiones de otras Subsecciones de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que se definieron casos análogos al suyo, es decir, donde existían actos que no ponían fin a la actuación administrativa ni impedían su continuación, pero que habían sido notificados y se agotaron recursos en sede administrativa, en las que dichos despachos no declararon la ineptitud de la demanda y fallaron de fondo.

Que al hacer caso omiso de dichos precedentes y proceder de manera equivocada a declarar la ineptitud de la demanda e inhibirse para decidir, perjudica de manera grave su derecho fundamental de petición, debido proceso y acceso a la administración de justicia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora presentó alegatos de conclusión⁶, reiterando lo expuesto en su alzada.

La entidad demandada no allegó alegatos.

⁶ Fls.466-487.

El Ministerio Público rindió concepto⁷solicitando revocar la sentencia apelada, y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN JURÍDICA A DESLINDAR.

Visto el recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si el acto demandado es de trámite como lo estimó el Tribunal; y si por el hecho de haber sido erradamente notificado, y el actor haber interpuesto recurso de reposición, varía su naturaleza y deba ser asumido como un acto definitivo, como lo considera el actor.

Adicionalmente deberá establecerse si resultado de no haberse decidido de fondo la petición inicial del actor dentro del término consagrado en el artículo 40 del C.C.A., operó el silencio administrativo de efectos negativos que dio origen a un acto ficto, que era el acto que debió el accionante cuestionar en sede judicial como lo consideró el *a quo*, y que al no hacerlo generó la ineptitud sustancial de la demanda que conllevó a la inhibición para emitir un pronunciamiento de mérito.

APUNTES DE LA SALA Y DECISIÓN DEL CASO.

1. La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos por la vía

⁷ Fls.489-494.

gubernativa y asimismo de control jurisdiccional contencioso administrativo, conforme a los artículos 49, 50 y 135 del Código Contencioso Administrativo.

Dispone el artículo 49 del aludido Código que no habrá recurso en vía gubernativa *“contra los actos de trámite”*, y de conformidad con la parte final del artículo 50 *ibídem* *“[s]on actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”*. Por su parte del artículo 135 *ídem* se extrae que la demanda contra un acto particular implica que el mismo haya puesto término a un proceso administrativo⁸.

El artículo 50 citado 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, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular; 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 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.

⁸ En lo artículo 135 del C.C.A. dice:

*“ARTICULO 135. POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. La demanda para que se declare la nulidad de un **acto particular, que ponga término a un proceso administrativo,** (...)”* (Resalta la Sala).

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 12 de junio de 2008⁹, respecto del acto administrativo destacó:

“Por acto administrativo se entiende toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, una decisión encaminada a producir efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito.

La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación. Los actos de trámite no son susceptibles de control judicial, salvo que impidan al administrado continuar con la actuación. (...).”.

En tal sentido la Corte Constitucional en su profusa jurisprudencia ha considerado que los actos de trámite, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, sino que tan sólo constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasmará en el acto definitivo.¹⁰

⁹ Expediente 16288, CP Dra. Ligia López Díaz.

¹⁰ Al respecto se pueden consultar de la Corte Constitucional, entre otras: Sentencia SU-201 de 1994, MP Dr. Antonio Barrera Carbonell; sentencia T-945 de 2009, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; sentencia T-1012 de 2010 MP Dra. María Victoria Calle Correa.

Con relación a la diferencia entre esta tipología de actos, en la sentencia T-945 de 2009 mencionada, indicó la Corte Constitucional:

“También se han distinguido los actos administrativos según el contenido de la decisión, en actos de trámite o preparatorios y actos definitivos. Los primeros no expresan en concreto la voluntad de la administración, 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.”

2. Hecha las precedentes anotaciones y atendiendo al contenido del Oficio No. 20103330227081 del 10 de junio de 2010 y de la Resolución No. 460 del 27 de agosto del mismo año, objeto de la presente demanda, procede la Sala a establecer su connotación de acto de trámite y la improcedencia de la acción subjetiva de nulidad para conocer el cuestionamiento de legalidad contra el mismo.

A fl.37-39 aparece derecho de petición que por intermedio de apoderado radicó el actor el 21 de mayo de 2010, en el cual reclama a la entidad accionada *“liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación”* desde el año 2007.

El Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., dio respuesta a la anterior solicitud mediante Oficio 20103330227081 del 10 de junio de 2010 (fl.41), donde se limitó a señalarle al apoderado del accionante:

*“La Secretaría Distrital del Gobierno **actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente** a los turnos laborados por el señor Cutiva Martínez y de acuerdo a ello entrar a liquidarle los emolumentos solicitados.*

*En consecuencia, **cuando la entidad cuente con la mencionada liquidación de su representado procederá a notificársela**”.* (Resaltado ajeno al texto).

Al reverso del aludido oficio (fl.41), se ve sello de notificación personal de esta respuesta al mandatario del actor, y en un aparte del pre impreso de ese sello dice: *“proceden recursos de”*, y a mano le pusieron enseguida la palabra *“ley”*. Pero allí no está anotado qué tipo de recurso procedía, si sólo recurso

de reposición o de reposición y apelación, ni mucho menos ante quien debía interponerlo y dentro de qué termino.

De ahí que no corresponda a la realidad la aseveración expuesta por el apoderado del demandante, cuando en su alzada afirma que al respaldo del folio 41 del expediente aparece *“la manifestación de la Entidad demandada sobre la procedencia del recurso de reposición contra el mismo”* (fl.416).

En este punto dirá la Sala que el hecho de que la administración haya incurrido en un error al momento de poner en conocimiento el contenido del Oficio 20103330227081, al haberlo notificado con nota diciendo que procedían recursos de *“ley”*, no tiene la virtud de mutar su naturaleza de acto de trámite, informativo, a acto definitivo que le pusiera fin a la actuación administrativa, ni mucho menos se podría decir que dicho acto de trámite impedía continuar la actuación de la administración, pues en él la accionada no estaba negando o accediendo a lo peticionado por el actor, de suerte que no se hallaba creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica en especial, que afectara de manera negativa o positiva lo solicitado, pues no se estaba decidiendo el fondo del asunto.

A pesar de lo anterior -como lo dijo el Tribunal-, es decir, que se trata de un oficio por el cual se le estaba informando lo que se estaba haciendo para poder atender el reclamo, el apoderado del Sr. Cutiva Martínez decidió interponer recurso de reposición en contra del aludido oficio que, como se acabó de señalar, en ningún momento se le precisó que procedía el mismo, u otro.

Ante el hecho de la interposición del recurso de reposición, la institución demandada procedió a decidirlo por medio de la Resolución No. 640 del 27

de agosto de 2010, expedida por el mismo Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno (fls.53-61), que -dicho sea- tampoco viene a representar un acto definitivo que le pusiera término a la actuación, y el hecho que al final del mismo la administración haya puesto “*que contra la presente no procede ningún recurso*”, *per se* no tiene la fuerza de variar la condición de acto de trámite a acto definitivo, máxime que estaba confirmando lo señalado en el oficio inicial, donde simplemente se le informó que se estaba recopilando la información correspondiente para asumir una decisión final.

Observa esta Colegiatura que dentro del cuerpo de esta resolución la administración lo que hace es ponerle de presente diversa jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la jornada laboral y le hacen alusión del Decreto 1042 de 1978, para poner en contexto jurídico los puntos que reclamaba el actor, pero en el párrafo previo a la decisión de confirmar la decisión contenida en el 20103330227081 del 10 de junio de 2010, textualmente se dice en la mencionada resolución:

“Ante esta circunstancia no resulta válido entrar a revocar el oficio materia del recurso toda vez que en él se está diciendo que se están adelantando las gestiones necesarias para obtener la información que se requiere y de esa forma reconocerle las prestaciones a los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia de la Cárcel de Varones y Anexo de Mujeres, mediante acto administrativo donde tendrá la oportunidad de ejercer los recursos de ley” (Lo destacado no es del texto citado).

Así las cosas, no existe para esta Sala discusión, como tampoco la hubo para el *a quo*, que no estamos frente a un acto de carácter definitivo, de ahí la pertinencia de lo expuesto por uno de los Magistrados del Tribunal en su aclaración de voto, al manifestar que “*la parte demandante, no cumplió la carga de demandar actos definitivos que definieran su situación jurídica*

particular y pretender anular la simple información, no generaría ningún restablecimiento y de cantera dejaría incólume el acto que en efecto le negó el derecho pretendido”.

Adicionalmente debe anotarse que la notificación de los actos administrativos no se erige como un requisito de existencia y/o validez de los mismos, simplemente constituye una condición para su oponibilidad y /o exigibilidad, nada más. De ahí que un error en notificar un acto de trámite no lo muta a definitivo.

Es más, en gracia de discusión, suponiendo que por el error en la notificación de la respuesta del 10 de mayo de 2010, que dio lugar a que el Sr. Cutiva interpusiera recurso de reposición, se considerase que la misma debe asumirse como acto definitivo, lo cierto es que la declaración de su nulidad que dictase el Juez Contenciosos Administrativo no podría dar lugar a ningún restablecimiento del derecho porque, como ya se dijo, en él no se estaba accediendo o negando lo buscado por el actor.

4. Tan cierto resulta que el acto cuestionado constituía una actuación intermedia que precedía a la formación de la decisión administrativa que se plasmaría en un acto definitivo, que en la audiencia de conciliación celebrada el 7 de octubre de 2010 y continuada el 18 de noviembre del mismo año, ante la Procuraduría 51 Judicial Delegada el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹, la apoderada de la entidad accionada puso de presente el Oficio No. 20103340416703 del 5 de octubre de 2010, suscrito por la Directora de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital, que contenía la liquidación de lo que pretendía el entonces

¹¹ Fls.4-12.

convocante, hoy demandante, y donde además se señalaba la razón del por qué no era factible inaplicar la Resolución No. 029 de 2010.

Sin embargo, el mandatario judicial del actor de manera expresa manifestó en dicha diligencia que lo expuesto por la administración en ese oficio no llenaba las expectativas económicas de su prohijado, y por ello solicitó se declarase fallida la conciliación.

De suerte que la respuesta que fue presentada en la diligencia de conciliación y que no aceptó el mandatario del demandante, contenía la voluntad de la administración con capacidad para producir efectos en derecho, al crear una situación concreta con respecto a la liquidación de lo que reclamaba el Sr. Cutiva Martínez; por lo tanto sí era pasible de merecer un pronunciamiento de esta jurisdicción.

5. Ahora bien, estimó el Juez de primera instancia que como la petición del Sr. Cutiva no fue resuelta de fondo dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación, ni se le señaló una fecha exacta en la cual se le resolvería, a la luz del artículo 40¹² del C.C.A., había operado el fenómeno del silencio administrativo negativo, surgiendo a la vida jurídica un acto ficto negativo, cuya legalidad era la que debió cuestionar el actor y no lo hizo, generando la ineptitud sustantiva de la demanda y el consecuente fallo inhibitorio.

Esta Sala no comparte esta apreciación del Tribunal, porque la administración dentro del término consagrado en el artículo 40 *ídem* hizo un

¹² "ARTICULO 40. SILENCIO NEGATIVO. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto." (Subraya la Sala).

pronunciamiento que, si bien no era la culminación de la actuación, en sí mismo desdibujaba la configuración de un silencio administrativo de efectos negativos, por ende del surgimiento de un acto ficto; de manera que, contrario a lo estimado por el *a quo*, la ineptitud sustancial de la demanda no deviene por el hecho que el accionante no hubiera demandado un acto presunto.

Por ello se comparte el argumento expuesto en la aclaración de voto realizado por uno de los colegiados de primera instancia, cuando anotó que la ineptitud y consiguiente decisión inhibitoria no la genera la existencia de no haberse demandado un acto ficto, sino que *“obedece a que puntualmente los actos administrativos sometidos a control son de trámite y por lo mismo escapan del control jurisdiccional”*.

6. Finalmente, el hecho que Subsección E - Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no haya tenido en cuenta pronunciamientos de otras subsecciones de la Sección Segunda de la misma Corporación, en las que al parecer en situaciones similares al *sub lite* sí asumieron su estudio de fondo, no significa que la sentencia objeto de apelación pueda ser revocada por un supuesto desconocimiento del precedente, porque únicamente se habla de precedente que obligue cuando ha existido una línea constante sobre el mismo asunto, lo que no ha ocurrido con la situación objeto de análisis.

En efecto, no existe una línea constante y unificada en el sentido de considerar que a pesar de existir un acto simplemente informativo y/o de trámite, el yerro de la administración de notificarlo y decidir un recurso contra el mismo lo vuelva en acto definitivo, susceptible de control de legalidad ante esta jurisdicción.

Y mal puede esta Corporación, dados los hechos y lo ocurrido en la diligencia de conciliación referida en precedencia presumir, ante una falencia en la notificación, como lo busca el actor, que con la respuesta contenida en la Resolución 460 del 27 de agosto de 2010 se ponía fin a la actuación, o que hacía imposible su continuación.

No cabe duda que al cuestionarse la legalidad de un acto informativo y/o de trámite que, como lo ha dicho esta Corporación, no exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, se genera una ineptitud sustancial de la demanda que no posibilita un pronunciamiento de mérito sobre él, pues ni creaba, modificaba o extinguía una situación jurídica en concreto respecto del demandante.

Resultado de todo lo expuesto, para la Sala es claro que la decisión recurrida no vulnera ninguno de los derechos que alega el accionante como desconocidos, por lo tanto la sentencia del Tribunal será confirmada, pero por las razones acotadas en el presente proveído.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFIRMAR la sentencia del 20 de noviembre de 2012, proferida por la Sección Segunda, - Subsección E, - Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de la referencia, de conformidad lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO