



Radicado: 25000-23-42-000-2018-01939-01 (4767-2019)
Demandante: David Simmonds Valencia

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

MAGISTRADO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2018-01939-01 (4767-2019)
Demandante: DAVID SIMMONDS VALENCIA
Demandado: FIDUCOLDEX S.A. Y OTROS

Temas: Apelación de auto. Excepciones previas.

AUTO SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

Interlocutorio O-2020

ASUNTO

El Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por Fiducoldex contra el auto proferido en audiencia inicial el 12 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió las excepciones propuestas por Fiducoldex S.A.

ANTECEDENTES

Demanda (folios 1 a 8).

El señor David Simmonds Valencia presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con las siguientes pretensiones:

«[...] PRIMERA. Que se declare nulo el oficio No. VJ 663 suscrito por la doctora Adriana Castrillón Bedoya, Tercer Suplente de Presidente de FIDUCOLDEX.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se condene a COLPENSIONES a elaborar el cálculo actuarial y la liquidación de los aportes pensionales conforme a los salarios realmente devengados, en planta externa, por el exfuncionario de FIDUCOLDEX, David Simmonds Valencia, C.C. No. 19.345.662, entre el lapso durante el cual se desempeñó como funcionario del servicio exterior comprendido entre el 29 de mayo de 1997 al 31 de mayo del 2001.

TERCERA. Que igualmente se condene a LA NACION - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, FIDUCOLDEX a cancelar el cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES sobre la liquidación de los aportes pensionales conforme a los salarios realmente devengados por el exfuncionario de FIDUCOLDEX, David Simmonds Valencia, C.C. No. 19.345.662, entre el lapso



durante el cual se desempeñó como funcionario del servicio exterior comprendido entre el 29 de mayo de 1997 al 31 de mayo del 2001.

CUARTA. Que asimismo como consecuencia de las declaraciones y condenas anteriores, FIDUCOLDEX cancele efectivamente a COLPENSIONES la diferencia de los aportes pensionales pagados al ISS con base en la planta interna en pesos y los dejados de pagar conforme a la planta externa en dólares, correspondientes al periodo del 29 de mayo de 1997 hasta el 31 de mayo del 2001 en favor del exfuncionario David Simmonds Valencia.

QUINTA. Que como consecuencia del pago de aportes de FIDUCOLDEX conforme al salario realmente devengado por el demandante, COLPENSIONES efectúe de inmediato la corrección de la historia laboral del Señor DAVID SIMONDS VALENCIA, incorporando los valores que se consignan en favor de mi poderdante conforme a todos los salarios devengados como exfuncionario del servicio exterior de Colombia y durante los periodos de cotización comprendidos entre el 29 de mayo de 1997 hasta el 31 de mayo del 2001.

SEXTA. Que se condene a la NACION – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, FIDUCOLDEX a pagar al Dr. DAVID SIMMONDS VALENCIA, a título de nulidad y restablecimiento del derecho, el lucro cesante y el daño emergente como consecuencia de la decisión adoptada por (sic) MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, FIDUCOLDEX de pagar sus aportes pensionales con los salarios de planta interna. [...]

Excepciones propuestas (folios 16 a 25):

La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior, Fiducoldex S.A., al contestar la demanda, propuso, entre otras, las siguientes excepciones:

- Falta de jurisdicción. Consideró que lo que se discute en este proceso se refiere a una controversia del sistema de seguridad social suscitada entre el demandante, Colpensiones y su empleador, respecto de los aportes efectuados durante el período en que laboró en el cargo de agregado comercial en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Indicó que no existe una relación legal y reglamentaria con el demandante, para que pueda predicarse que la controversia planteada en relación con la fiduciaria y la expedición de certificaciones por parte de sus funcionarios, deban zanjarse en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no en la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral.

- «Inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa». Preciso que la demanda no sólo se dirige contra la fiduciaria sino también contra Colpensiones y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, sin que el demandante hubiera agotado la «vía gubernativa» ante estas dos entidades públicas, razón por la cual se evidencia la inepta demanda. Adicionalmente, el agotamiento de la «vía gubernativa» solamente opera con el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 161 del CPACA, que para el caso en comento, aunque la fiduciaria no profiere actos administrativos, debió ejercerse y decidirse los recursos respectivos.



- «Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales». Manifestó que se demandó un oficio que no tiene el carácter de acto administrativo. En consecuencia, no se indica el efecto jurídico que produce el supuesto acto administrativo, las normas violadas con su expedición, el concepto de su violación o la procedencia de la nulidad invocada en los términos de los artículos 138 y 162-4 del CPACA.

- Prescripción extintiva. Expuso que la desvinculación del demandante se produjo el 31 de mayo de 2007, fecha a partir de la cual tenía 3 años para reclamar ante su empleador, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las correcciones de liquidación de las cotizaciones para pensión realizadas. Citó algunos apartes jurisprudenciales para considerar que la reclamación judicial por la errónea liquidación de factores salariales, así como los derechos personales que surgen de una relación laboral son susceptibles de prescripción.

- Caducidad de la acción. Señaló que, si se entendiera que el oficio por medio del cual se dio repuesta a la reclamación es un acto administrativo susceptible de producir efectos jurídicos y del medio de control frente a él, sería claro que operó el fenómeno jurídico de la caducidad, toda vez que data del 24 de abril de 2017.

LA PROVIDENCIA APELADA (folios 192 a 196)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de auto del 12 de agosto de 2019, dictado en la audiencia inicial (art.180-6 CPACA), resolvió las excepciones propuestas, bajo los siguientes argumentos.

Falta de jurisdicción: La declaró no probada al considerar que está demostrado que mediante Decreto 1152 del 25 de abril de 1997, la entonces ministra de relaciones exteriores nombró al demandante en el cargo de agregado comercial con categoría de cónsul general, en el Consulado General de Colombia en San Juan de Puerto Rico. Por consiguiente, el demandante en su calidad de agregado comercial, fue un empleado público, con una vinculación legal y reglamentaria dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sin embargo, todas las erogaciones que ocasionó su nombramiento eran pagadas con cargo a los recursos del Fideicomiso de Promoción de Exportaciones y pagadas por Fiducoldex.

«Inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa»: En el presente asunto no existe acto administrativo previo expedido por la Nación, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores o por parte de Colpensiones, del cual pueda predicarse su nulidad, puesto que ante estas entidades el demandante no elevó ninguna solicitud, lo que hace que la demanda sea parcialmente inepta frente a estas. En consecuencia, impide su vinculación como partes pasivas dentro del caso, razón por la cual, declaró probada de manera parcial la excepción frente a estas



entidades públicas, pero no probada con respecto a Fiducoldex S.A., para lo cual precisó que como lo que se alega es que el demandante no interpuso recurso alguno contra el oficio demandado, revisado el mismo se observó que no se indicó qué recursos procedían, ni ante qué autoridad, por lo que no es exigible el requisito del numeral 2.º del artículo 161 del CPACA.

«Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales»: Se encuentra demostrado que el acto administrativo demandado fue proferido por una persona jurídica por lo menos en ejercicio de precisas funciones administrativas del Fideicomiso de Promoción de Exportaciones Proexport Colombia, hoy conocida como Procolombia, y del contenido del oficio se evidencia una decisión clara de negar en sede administrativa lo pretendido por el demandante. Debe recordarse que, si bien el demandante tenía la calidad de agregado comercial y, por ende, de empleado público del Ministerio de Relaciones Exteriores, también los es que los actos administrativos de nombramiento señalaron con toda claridad que las erogaciones que ocasionaran ese nombramiento, se pagarían con cargo a los recursos del Procolombia, cuyos recursos, son administrados por Fiducoldex S.A., por lo que declaró no probado este medio de defensa.

Prescripción extintiva: La declaró no probada bajo la premisa de que existen garantías que son de orden público y que como tal, se encuentran excluidas de ser afectadas por el fenómeno de la prescripción, como ocurre con los aportes al sistema de seguridad social integral.

Caducidad de la acción: Se estudió el literal c) del numeral 1.º del artículo 164 del CPACA, según el cual, cuando la demanda se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, el medio de control puede ser presentado en cualquier tiempo. En el presente asunto se debate la reliquidación de los aportes pensionales, derecho derivado directamente del derecho pensional y posee la misma naturaleza, por lo que no está sujeto al término de caducidad.

RECURSO DE APELACIÓN (folio 195vto)

Fiducoldex S.A. interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, para lo cual argumentó lo siguiente frente a cada excepción:

Falta de jurisdicción: Si bien el demandante tenía un cargo como agregado comercial y el despacho lo convierte en un empleado público, lo cierto es que no es empleado público de Fiducoldex S.A., y si bien la entidad tenía a su cargo que administrar un patrimonio autónomo en virtud de un contrato, lo cierto es que esta situación no convierte al demandante en empleado público a su cargo, razón por la cual la controversia no puede ventilarse a través de esta jurisdicción sino en la ordinaria, en virtud del numeral 4.º del artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo.



«Inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa»: Expuso que el oficio no es un acto administrativo en atención a la naturaleza jurídica de la entidad, sociedad anónima de economía mixta, solamente se dio respuesta a un derecho de petición radicado por el demandante. Adicionalmente, la decisión no creó, modificó o extinguió un derecho a favor del señor David Simmonds. En consecuencia, debió agotar la vía gubernativa en lo que tiene que ver con la fiduciaria.

«Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales»: No puede pretenderse la nulidad del oficio cuando no se trata de un acto administrativo, pues la fiduciaria no emite actos administrativos, por lo que no prospera la pretensión de nulidad y restablecimiento, además, porque no se cumplen con los requisitos formales el artículo 100 del CGP y numeral 4.º del artículo 162 del CPACA, y no habría lugar a estudiarse una supuesta nulidad cuando no hay ni siquiera, un acto administrativo.

Prescripción extintiva: Como el demandante pretende una reliquidación de acreencias laborales, las cuales son la base para determinar si debe variarse la base pensional y éstas estarían prescritas, ello conlleva que no pueda estudiarse la pretensión por prescripción extintiva, toda vez que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, porque los aportes a la seguridad social derivan de la base salarial, derecho que ya se encuentra prescrito.

Caducidad de la acción: Debe revisarse el artículo 138 (sic) del CPACA, el cual se tuvo en cuenta para resolver las otras excepciones, donde se consagra que para demandarse la nulidad de un acto administrativo se cuenta con un término perentorio de 4 meses, los cuales se agotaron en el mes de agosto de 2017 y la demanda se radicó sólo hasta el año 2018.

CONSIDERACIONES

Competencia

El Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido en audiencia inicial el 12 de agosto de 2019 que resolvió las excepciones propuestas por Fiducoldex S.A., de conformidad con el artículo 150 en concordancia con el 180 numeral 6.º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De igual modo, conviene precisar que el ponente adopta la decisión, en virtud de lo previsto en los artículos 125 y 243 del CPACA, dado que el presente asunto no constituye uno de los eventos de los numerales 1.º a 4.º de este último.

Problemas Jurídicos

El problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:



1. ¿El asunto ahora propuesto por el señor David Simmonds Valencia es de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo?
2. ¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca debió declarar probada la excepción referida a la falta de agotamiento de la «vía gubernativa» frente a Fiducoldex S.A.?
3. ¿El oficio VJ-663 del 24 de abril de 2017 expedido por Fiducoldex S.A. no constituye un acto administrativo y, bajo este presupuesto, debe declararse probada la excepción falta de requisitos formales?
4. ¿El derecho reclamado judicialmente por el demandante, está sujeto al término de prescripción extintiva y al fenómeno jurídico de la caducidad?

Primer problema jurídico

¿El asunto ahora propuesto por el señor David Simmonds Valencia es de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

El despacho sostendrá la siguiente tesis: Toda vez que el demandante tenía la calidad de empleado público y sus pretensiones se enmarcan dentro de los asuntos relativos a la relación legal de los servidores públicos y el Estado, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer del presente medio de control, con fundamento en el numeral 4.º del artículo 104 del CPACA, tal y como pasa a explicarse.

De la calidad de empleado público del demandante.

El Decreto Ley 663 de 1993, por medio del cual se actualiza el estatuto orgánico del sistema financiero y se modifica su titulación y numeración, en su capítulo XI regula concerniente al Banco de Comercio Exterior y de manera específica, en el artículo 283, se regula lo siguiente:

«[...] **Artículo 283.** Promoción de exportaciones.

1. **Contrato de fiducia para promoción de exportaciones.** Con el objeto de desarrollar la función de promoción de las exportaciones prevista en el artículo 21 de la Ley 7 de 1991, el Banco queda obligado a constituir o a hacerse socio de una sociedad fiduciaria, y a celebrar con ella, en representación de la Nación, un contrato para formar un patrimonio autónomo con los bienes a los que se refiere el literal a. del numeral 4. del artículo 280 de este Decreto, con destino a la promoción de exportaciones. Tal sociedad quedará facultada para realizar, entre otros, el contrato que aquí se describe.

[...]

4. **Agregados comerciales.** Los agregados comerciales dependerán de la Embajada de la República de Colombia en el país donde actúen o de aquella que se encuentre ubicada en la capital más próxima a la ciudad en la cual cumplan sus funciones. En el contrato de fideicomiso se estipulará que:



- a. Los agregados comerciales serán personas naturales, pero el fideicomiso podrá contratar personas jurídicas que desempeñen funciones propias de los agregados comerciales. Podrá haber varios en un mismo país; o agregados para varios países.
- b. Las personas jurídicas que ejerzan funciones propias de los agregados comerciales estarán vinculadas como contratistas, por honorarios, a la sociedad fiduciaria y adscritas a ella, y serán remuneradas con recursos del fideicomiso.
- c. El Ministerio de Relaciones Exteriores vinculará, como empleados públicos, de libre nombramiento y remoción, a las personas naturales que seleccione la Junta Asesora, para que se desempeñen como agregados comerciales en los términos de este numeral y les expedirá el pasaporte que corresponda a su rango diplomático o consular, si cumplen los requisitos para ello. Con la aceptación de tal nombramiento cesará cualquier vinculación laboral con la sociedad fiduciaria, con el fideicomiso, o con el Banco de Comercio Exterior, si la tuvieren.
- d. La remuneración de los agregados comerciales será aquella que corresponda a su rango diplomático o consular. Lo anterior sin perjuicio de que la Junta Asesora de la sociedad fiduciaria convenga en reconocerles gastos adicionales. Todos los costos, gastos compensaciones y reconocimientos que ocasionen su nombramiento y el desempeño de sus funciones, serán por cuenta del fideicomiso y pagados directamente por la sociedad fiduciaria. A partir del momento en el que la Junta Asesora decida, en los términos que se hayan acordado con el agregado comercial, que no necesita de sus servicios, cesará toda vinculación y toda responsabilidad de la sociedad fiduciaria o del fideicomiso con él. [...]»

De acuerdo con la normativa parcialmente transcrita se concluye, claramente, que los denominados agregados comerciales son vinculados por el Ministerio de Relaciones Exteriores como empleados públicos de libre nombramiento y remoción. Según los hechos de la demanda y en atención a los elementos probatorios que obran en el plenario, se tiene que el señor David Simmonds Valencia desempeñó el cargo de agregado comercial con categoría cónsul general en el Consulado General de Colombia en San Juan de Puerto Rico, nombrado por Decreto 1152 del 25 de abril de 1997 firmado por la entonces ministra de relaciones exteriores y el ministro de comercio exterior. Posteriormente fue trasladado, según Decreto 758 del 22 de abril de 1998, al cargo de agregado comercial con categoría de consejero en la Embajada de Colombia ante el gobierno de Guatemala. Finalmente, mediante Decreto 1055 del 30 de mayo 2001 se aceptó su renuncia.

Bajo los anteriores argumentos puede entonces concluirse, sin mayores planteamientos, que el demandante tenía la calidad de empleado público en atención a la vinculación laboral con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

De los asuntos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El artículo 104 del CPACA consagra una cláusula general de competencia y unos criterios determinantes para fijar el objeto sobre el cual recae esta



jurisdicción especializada. La norma regula que la jurisdicción contenciosa está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, entre otros, de las controversias y litigios originados en actos sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa¹.

Seguidamente y con criterio de especificidad, enfatiza que esta jurisdicción conocerá de las controversias que surjan entre los servidores públicos sujetos a una relación legal y reglamentaria y el Estado, y de aquellas relativas a la seguridad social de los mismos con una administradora de derecho público. Veamos:

«**Artículo 104.** De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. [...].

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. [...].»

Quiere decir lo anterior que, en materia de controversias laborales y de seguridad social, en principio, la jurisdicción juzga:

a. La legalidad de los actos administrativos generales con contenido laboral que expidan las entidades públicas y particulares que desempeñen funciones públicas.

b. Las controversias laborales que surjan entre los servidores públicos sometidos a una relación legal y reglamentaria, y el Estado como su empleador.

c. Frente a la seguridad social, de aquellas controversias que surjan entre los servidores públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y una entidad administradora del sistema, siempre y cuando ésta sea de derecho público.

Ahora, en contraste con aquellos asuntos que conoce la jurisdicción ordinaria, se tiene que en los conflictos originados de las relaciones laborales y con la seguridad social, la competencia se define por combinación de la materia objeto

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 28 de marzo de 2019, radicado: 11001-03-25-000-2017-00910-00 (4857)



de conflicto y el vínculo laboral, sin que sea determinante la forma de reconocimiento o negativa del derecho, así:

Jurisdicción competente	Clase de conflicto	Condición del trabajador - vínculo laboral
Ordinaria, especialidad laboral y seguridad social	Laboral	Trabajador privado o trabajador oficial
	Seguridad social	Trabajador privado o trabajador oficial sin importar la naturaleza de la entidad administradora.
		Empleado público cuya administradora sea persona de derecho privado.
Contencioso Administrativa	Laboral	Empleado público.
	Seguridad social	Empleado público sólo si la administradora es persona de derecho público.

Uno de los aspectos que Fiducoldex S.A. señala para considerar que el presente asunto es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, es que la controversia aquí planteada tiene que ver con la seguridad social, tesis que no comparte esta instancia teniendo en cuenta que, si bien se pretende la reliquidación de los aportes, precisamente a la seguridad social, en atención a la moneda extranjera por el tiempo en que el demandante prestó sus servicios como agregado comercial, la discusión que se suscita está referida a la relación legal y reglamentaria que en su calidad de servidor público tuvo con el Estado, es decir, no se reclama ahora la prestación pensional propia del sistema de seguridad social, sino que, con ocasión de los servicios prestados en su relación laboral, debió realizarse el pago de los aportes en moneda extranjera y no en pesos colombianos como se hizo. Situación que se enmarca dentro de la premisa consagrada en la primera parte del numeral 4.º del artículo 104 del CPACA.

En contraste, debemos precisar que el artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2.º de la Ley 712 y el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012 o CGP, indica que las controversias que se susciten entre los afiliados y beneficiarios con las entidades administradoras y prestadoras de los servicios de seguridad social, serán de competencia de la justicia ordinaria, salvo cuando la discusión surja entre servidores públicos regidos por una relación legal y reglamentaria y una administradora de derecho público, como se anotó en aparte anterior – artículo 104-4 CPACA-.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 28 de marzo de 2019, radicado: 11001-03-25-000-2017-00910-00 (4857)



Aquí es necesario acotar, con fundamento en el cuadro resumido que se expuso líneas atrás que, la jurisdicción ordinaria laboral en su especialidad laboral y seguridad social conoce de los asuntos laborales cuando se trata de trabajador privado u oficial, supuesto que no encontramos en el caso bajo estudio. Ahora y sólo en gracia de discusión, es claro que la jurisdicción ordinaria conoce de controversias, en tratándose de la modalidad de seguridad social, que involucren a trabajadores privados y oficiales, sin importar la naturaleza de la entidad administradora, así como la referida a empleados públicos únicamente cuando la administradora es de derecho privado y, según la naturaleza de Fiducoldex S.A., la fiduciaria no está constituida como entidad administradora y prestadora de los servicios de seguridad social. Elemento que también permite descartar la tesis de que el presente medio de control debe remitirse a la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, al ser claro que las pretensiones se enmarcan en los asuntos relativos a la relación legal y reglamentaria de un servidor público y el Estado, el tema referido a la desvinculación de las entidades estatales en el transcurso de la audiencia inicial por no haberse realizado una eventual reclamación frente a estas, no desnaturaliza la fuente de la controversia, esto es la relación laboral que tuvo el señor David Simmonds Valencia con el Ministerio de Relaciones Exteriores en su calidad de agregado comercial.

En conclusión: Toda vez que el demandante tenía la calidad de empleado público y sus pretensiones se enmarcan dentro de los asuntos relativos a la relación legal y reglamentaria de los servidores públicos y el Estado, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer del presente medio de control, con fundamento en el numeral 4.º del artículo 104 del CPACA.

Segundo problema jurídico

¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca debió declarar probada la excepción referida a la falta de agotamiento de la «vía gubernativa» frente a Fiducoldex S.A.?

El despacho sostendrá la siguiente tesis: De acuerdo con los argumentos que se expusieron en el medio de defensa propuesto por Fiducoldex S.A., no había lugar a declarar probada la excepción. Las razones se explicarán seguidamente.

Ineptitud de la demanda – eventos que la constituyen.

Antes de abordar el estudio del problema jurídico propuesto, deben realizarse algunas precisiones preliminares respecto a la denominada «ineptitud sustantiva de la demanda». Al respecto, esta subsección ha señalado que con anterioridad se ha hecho alusión a esta figura como si se tratara de una



excepción previa o causal de rechazo de la demanda y en últimas, como sustento de decisiones inhibitorias, lo cual constituye una imprecisión³.

Ello, toda vez que sólo es viable proponer y declarar próspera la excepción previa de «ineptitud de la demanda por la falta de cualquiera de los requisitos formales» o «por la indebida acumulación de pretensiones» y en relación con otras situaciones debe acudir a las demás excepciones previas previstas en el artículo 100 del Código General del Proceso, sin que haya vocación para realizar una denominación en términos diferentes a los señalados por la ley.

Así mismo, se recalcó que al encontrarse otras falencias que otrora han servido como sustento para la declaratoria de una «ineptitud sustantiva de la demanda», en lugar de acudir a esa denominación, deben utilizarse las herramientas que los estatutos procesales prevén al respecto, tal como se analizó extensamente en el auto en cita, esto es, aquellos mecanismos de saneamiento, como por ejemplo, ordenar corregir la demanda o dejar sin efecto el auto admisorio para proceder al rechazo de la misma, en atención a la causal legalmente prescrita para el efecto.

«Vía gubernativa y actuación administrativa»

Resulta necesario efectuar unos planteamientos respecto a los conceptos de vía gubernativa y actuación administrativa. Lo primero que debe precisarse, es que el término vía gubernativa desapareció en tratándose de asuntos que se adelantan en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), pues ahora se denomina actuación administrativa (capítulo VIII).

En efecto, la fecha para la cual se surte la petición ante la administración marca la procedencia para que pueda hablarse específicamente de vía gubernativa CCA, o de la actuación administrativa CPACA. Es evidente que hay aspectos en los cuales se asemejan, como por ejemplo su naturaleza, comoquiera que se trata de presupuestos previos para el ejercicio de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

El artículo 135 del CCA referente a la vía gubernativa, señalaba lo siguiente:

«[...] **Artículo 135.** Modificado por el art. 22, Decreto Nacional 2304 de 1989. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia de 21 de abril de 2016, Rad. 47-001-23-33-000-2013-00171-01 (1416-2014).



Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos. [...]»

Como se observa, el tratamiento que el legislador imprimió al concepto de vía gubernativa involucraba no sólo la solicitud que debe elevar el interesado ante la administración para que esta, a través de un acto expreso o presunto resolviera el asunto puesto a su consideración, sino que, además, implicaba la interposición de los recursos de ley.

En efecto, resulta trascendente precisar que lo que se denominaba vía gubernativa y el requisito de procedibilidad que trae el numeral 2.º del artículo 161 del CPACA, son dos situaciones diferentes que no deben confundirse, pues la primera ahora llamada conclusión del procedimiento administrativo, hace referencia a la reclamación previa que se radica ante la entidad con la pretensión de reconocimiento de un derecho, y la segunda, se relaciona con la obligación de interponer el recurso de apelación, cuando a ello hubiere lugar, contra el acto que pretende enjuiciarse. Ello como requisito obligatorio y previo a la presentación de la demanda.

Ahora, es oportuno señalar que si bien con la Ley 1437 de 2011 desapareció el concepto de «vía gubernativa», ello no quiere decir que no subsista la obligación de pedir ante la administración el derecho que eventualmente se reclamará en vía judicial, es decir, no se ha eliminado ese requisito, por cuanto es claro que cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, este se hace a través de la solicitud de nulidad del acto que creó, modificó o extinguió una situación jurídica para el demandante y su consecuente restablecimiento, concepto que se ha reconocido como el principio de la decisión previa⁴.

De los recursos obligatorios como requisito de procedibilidad.

El artículo 161 del CPACA prescribe como requisito de procedibilidad, esto es, que requiere su acreditación para presentar la demanda, lo siguiente:

«**Artículo 161.** Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. [...]
2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la

⁴ Al respecto, ver Sentencia del 26 de abril de 2018, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicación 52001-23-33-004-2014-00276 (3164-2015).



ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. [...]» (Subraya fuera de texto)

Este artículo, y para el efecto que ahora se estudia, prevé únicamente como requisito previo para demandar, que frente al acto administrativo particular se hayan ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. En consecuencia, el CPACA consagró como requisito de procedibilidad, que la parte demandante acreditara que, frente al acto que demanda, presentó el recurso de apelación cuando a ello hubiere lugar, por cuanto el artículo 76 de la misma codificación, en relación con la obligatoriedad de presentar este recurso en el procedimiento administrativo, dice « [...] El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción. Los recursos de reposición y queja no serán obligatorios [...]» de lo cual se concluye claramente que la interposición de la apelación resulta forzosa para acudir a la vía judicial.

En consecuencia, como presupuestos necesarios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, debe existir: i) en primer lugar, una decisión de la administración sobre el derecho que posteriormente se debatirá ante la jurisdicción, es decir, el acto administrativo que creó, modificó o extinguió ese derecho, que se generó como consecuencia de la formulación de una petición por parte del interesado; y ii) en segundo lugar, si frente a esa decisión procede el recurso de apelación, este será entonces obligatorio y la parte demandante deberá acreditar, además, que se interpuso ese medio de impugnación antes de acudir a la vía judicial, al estar configurado por el legislador como un requisito de procedibilidad.

Argumentos presentados en la excepción.

Según se lee en la contestación de la demanda presentada por Fiducoldex S.A., el medio de defensa referido a la falta de agotamiento de la «vía gubernativa» la propuso bajo dos argumentos: El primero, relacionado con la ausencia de reclamación previa frente a otras de las entidades que conformaban la parte pasiva de la *litis*, esto es, Colpensiones y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El segundo, frente a la falta de presentación de los recursos respectivos frente al oficio demandado.

Por su parte, el tribunal al resolver la excepción, consideró que debía declararla parcialmente probada al evidenciar, por un lado, que el demandante no reclamó, antes de la presentación del medio de control, el derecho que judicialmente pretende frente a Colpensiones y el Ministerio de Comercio,



Industria y Comercio. Por otro, sostuvo que como en el oficio demandado no se advirtió la procedencia de recurso alguno, no era dable exigirle al demandante el agotamiento del requisito previsto en el numeral 2.º del artículo 161 del CPACA.

La entidad demandada en el recurso propuesto, alegó entre otros argumentos que debió agotarse la «vía gubernativa» frente a la fiduciaria, razón por la cual debe ahora señalarse que, la parte demandante sí elevó reclamación previa ante Fiducoldex S.A., fundamento de ello se expidió el oficio VJ-663 del 24 de abril de 2017, del cual se pretende su nulidad. En consecuencia, no prospera esta proposición.

Por otro lado, se tiene que del contenido del oficio, tal como lo sostuvo el tribunal, no se advierte la procedencia de recursos, lo que se traduce en que este planteamiento tampoco tiene vocación de prosperidad, comoquiera que el demandante no tenía la carga de demostrar el agotamiento del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 2.º del artículo 161 del CPACA. Estos planteamientos permiten confirmar la decisión del *a quo* con respecto a la excepción propuesta por Fiducoldex S.A., pues los alegatos presentados en el recurso no permiten arribar a otra decisión.

En conclusión: De acuerdo con los argumentos que se expusieron en el medio de defensa propuesto por Fiducoldex S.A., no hay lugar a variar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con respecto a esta excepción.

Tercer problema jurídico

¿El oficio VJ-663 del 24 de abril de 2017 expedido por Fiducoldex S.A. no constituye un acto administrativo y, bajo este presupuesto, debe declararse probada la excepción falta de requisitos formales?

El despacho sostendrá la siguiente tesis: El oficio VJ-663 del 24 de abril de 2017 expedido por Fiducoldex S.A. sí constituye un acto administrativo en la medida en que creó, modificó o extinguió la situación jurídica que reclama judicialmente el señor David Simmonds Valencia, por lo que no debe declararse probado el medio de defensa propuesto, tal como lo resolvió el *a quo*. Lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos:

Decisión que origina el derecho subjetivo debatido.

El artículo 138 del CPACA regula lo concerniente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de la siguiente manera:

«**Artículo 138.** Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá



pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. [...]»

En atención a la definición que trae el código, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo, podrá pedir la nulidad del acto administrativo y, consecuentemente, solicitar el restablecimiento del derecho. Por lo tanto, corresponde al afectado demandar aquel acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad que creó, modificó o extinguió la situación jurídica.

En efecto, las pretensiones que se plantean en la demanda son las que concretan la órbita de decisión del juez, y es el estudio de las mismas el que permite determinar el alcance y los efectos jurídicos que eventualmente se obtendrían con la nulidad del acto administrativo demandado. Para el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es relevante identificar la actuación que produjo la afectación, es decir, debe demandarse judicialmente aquel acto administrativo que generó la lesión alegada sobre el derecho subjetivo, para que pueda válidamente traducirse en un restablecimiento en favor de la parte demandante.

Nótese que las pretensiones que se plantean en la demanda delimitan el ejercicio de la capacidad decisoria del juez y, por supuesto, debe guardar congruencia la nulidad del acto con el restablecimiento del derecho pretendido. De lo contrario, se torna dificultosa la labor de adoptar una decisión de fondo. De manera que lo importante es que el juez analice en cada caso, si del acto administrativo demandado se deriva el restablecimiento pedido. En otros términos, deberá estudiarse si el acto definitivo particular que se demanda es una declaración de voluntad de la administración dirigida a producir efectos jurídicos, si crea, modifica o extingue la situación subjetiva de la cual pueda pedirse el correspondiente restablecimiento en sede judicial y a través del respectivo medio de control.

De acuerdo con los antecedentes del caso bajo examen, el señor David Simmonds Valencia solicitó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la reliquidación de los aportes pensionales que se originaron durante su relación laboral con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en calidad de agregado comercial, pues, en su sentir, debieron ser cancelados en moneda extranjera y no en pesos colombianos, como asegura se realizó.

En atención a su pretensión y previo a instaurar el trámite judicial, solicitó por intermedio de su apoderado a Fiducoldex S.A., entre otras reclamaciones, «[...] que se reliquide, reconozca y pague a Colpensiones, los aportes al seguro de pensiones conforme al salario realmente devengado en dólares en los tiempos en que laboró mi representado en el exterior y en que le fueron pagados sus salarios en



Radicado: 25000-23-42-000-2018-01939-01 (4767-2019)
Demandante: David Simmonds Valencia

moneda extranjera. [...]», razón por la cual la sociedad fiduciaria dio respuesta al derecho de petición instaurado en los siguientes términos:



FIDUCOLDEX
FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A.



PROCOLOMBIA
EXPORTACIONES TURISMO INVERSIÓN MARCA PAÍS

Actuando como vocero del Fideicomiso PROCOLOMBIA, constituido mediante la escritura pública número 3651 del 5 de diciembre de 1992, de la Notaría 1 del Circuito Notarial de Bogotá, y, en consecuencia, conarrendando única y exclusivamente el patrimonio del citado fideicomiso.
Bogotá D.C., 24 de abril de 2017

VJ - 663

Señor
JORGE ELIECER CASTELLANOS
Avenida 15 No. 124 - 91 - Oficina 601
Ciudad

Ref.: Solicitud de fecha 5 de abril de 2017 – David Simmonds Valencia C.C. No. 19.345.662

Respetado señor Castellanos,
De la manera más atenta me permito hacer referencia a su solicitud de reliquidación, recocimiento y pago del Doctor David Simmonds Valencia de fecha cinco (5) de abril de 2017 recibida en las instalaciones de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX el día siete (7) de abril del año 2017, y en virtud de la misma se permite informarle que no es posible acceder a su solicitud, toda vez que, entre el periodo comprendido entre el año 1997 y 1998, los aportes realizados a pensión y la liquidación de cesantías fueron realizados de conformidad a la normatividad vigente sobre el particular en ese momento, es decir, con base en el salario del cargo equivalente en planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Finalmente, nos permitimos suministrar en copias simples, los siguientes documentos por usted solicitados:

- Certificación laboral
- Cuadro relación de: Asignación en Dólares, Salario equivalente a la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, Aportes a la Seguridad Social en Pensiones.
- Soporte de los pagos realizados a la Seguridad Social en Pensiones y cesantías, desde Junio de 1997 al 30 de mayo 2001.

En los términos anteriores damos respuesta íntegra, oportuna y de fondo a su solicitud.

Cordialmente,

ADRIANA CASTRILLÓN BEDOYA
Tercer Suplente de Presidente
Fiducoldex S.A.

Anexo: lo enunciado en copias con cada uno de los archivos relacionados en esta comunicación.

Calle 28 No. 13 A 24, Pisos 6° y 7° – Edificio Museo del Parque
PBX: (571) 3275500 - Fax 6067590
Bogotá – Colombia
www.fiducoldex.com.co

*Defensor del Consumidor Financiero de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. FIDUCOLDEX- Dr. Carlos Mario Benza Jaramillo en calidad de Principal y la Dra. Beria Elizabeth Rojas Izquierdo en calidad de Suplente. Ubicados en la Avenida Calle 72 No. 6-26 Piso 18 de la ciudad de Bogotá, D.C. PBX 6067590 - Fax 6067590

Recordemos que acto administrativo⁵ es toda declaración de voluntad, juicio, cognición o deseo que se profiera de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa, y que produzca efectos jurídicos (es decir, que cree, modifique o extinga una situación jurídica) sobre un asunto determinado, características que se advierten del acto enjuiciado.

En efecto, en el oficio del cual se pretende su nulidad, se consignó claramente que no era posible accederse a la solicitud radicada por el señor David Simmonds Valencia, toda vez que los aportes a pensión se realizaron de conformidad a la normativa vigente sobre el particular para ese momento, es decir, que con esta negativa se creó, modificó o extinguió la situación jurídica

⁵ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. (2009). Manual del Acto Administrativo. (5ª Ed., p. 108). Bogotá: Leyer.



que reclama el demandante a través del presente medio de control, lo que la hace pasible del estudio de legalidad.

Así las cosas y de acuerdo con lo consagrado en el artículo 43 del CPACA, son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación, elementos que se advierten preliminarmente en el oficio VJ-663 del 24 de abril de 2017 ahora atacado.

En conclusión: El oficio VJ-663 del 24 de abril de 2017 expedido por Fiducoldex S.A. sí constituye un acto administrativo en la medida en que creó, modificó o extinguió la situación jurídica que reclama judicialmente el señor David Simmonds Valencia, por lo que no debe declararse probado el medio de defensa propuesto, tal como lo resolvió el *a quo*.

Cuarto problema jurídico.

¿El derecho reclamado judicialmente por el demandante, está sujeto al término de prescripción extintiva y al fenómeno jurídico de la caducidad?

Tesis del despacho: Teniendo en cuenta que las reclamaciones referidas a los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social tienen la connotación de imprescriptibles y de prestaciones periódicas y, en consecuencia, están exceptuadas no sólo de prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control, igual suerte corre la pretensión ahora planteada frente a la reliquidación de esos aportes pensionales. Para el efecto, se proponen las siguientes consideraciones.

El carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas de los aportes pensionales.

En atención al problema jurídico propuesto, resulta consecuente hacer referencia a una sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, la cual, si bien estaba relacionada con una controversia de un contrato realidad, trae conclusiones importantes en el plano general de los aportes pensionales adeudados al sistema general de seguridad social. Veamos los apartes pertinentes:

«[...] Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.



[...]

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)⁷30, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. [...]».

Como se lee, la Sección Segunda consideró que el fenómeno de la prescripción extintiva no podía aplicarse frente a los aportes para pensión, ello, en atención a la condición de periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, razón por la cual tampoco están sujetos al fenómeno jurídico de la caducidad, entre otros fundamentos, según también se propuso en la providencia citada, porque los mismos involucran el derecho a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos, entre los cuales se encuentra el derecho a la pensión, además, en virtud al principio de no regresividad que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección a los trabajadores.

De lo anterior se concluye que, si las sumas adeudadas al sistema de seguridad social por aportes pensionales son imprescriptibles y no supeditadas a la caducidad del medio de control, igual apreciación merece el derecho ahora reclamado de reliquidación de esos conceptos.

En conclusión: Teniendo en cuenta que las reclamaciones referidas a los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social tienen la connotación de imprescriptibles y de prestaciones periódicas, y en consecuencia, están exceptuadas no sólo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control, igual suerte surte la pretensión ahora planteada frente a la reliquidación de esos aportes pensionales, lo que da lugar a la no prosperidad de las excepciones que frente al tema propuso Fidecoldex S.A.

Decisión en segunda instancia

En atención a las consideraciones presentadas, se confirmará la providencia del 12 de agosto de 2019 proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió las excepciones propuestas por Fiducoldex S.A.

⁷ “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; (...)”



Radicado: 25000-23-42-000-2018-01939-01 (4767-2019)
Demandante: David Simmonds Valencia

Por lo expuesto, se

RESUELVE

Primero: Confirmar la providencia proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de agosto de 2019, que resolvió las excepciones propuestas por Fiducoldex S.A., en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor David Simmonds Valencia.

Segundo: Realizar las anotaciones correspondientes y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el ponente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con en el artículo 186 del CPACA.