

13001-33-33-003-2018-00092-01

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-003-2018-00092-01
DEMANDANTE	CARMEN JUDITH CARVAL VASQUEZ cartagenagiraldoylopez@gmail.com
DEMANDADO	MINISTERIO DE EDUCACION- FOMAG
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha dos (02) de mayo de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA.²

3.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera la situación fáctica relatada por el actor, así:

- Que la señora Carmen Judith Carval Vásquez, por laborar como docente en los servicios educativos estatales le solicitó a la Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales el Magisterio (vinculado el Departamento de Bolívar -Secretaría de Educación Departamental de Bolívar por tener interés en las results del proceso), el día 20 de noviembre de 2015, reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
- Que por medio de la Resolución 0350 del 29 de febrero de 2016, le fue reconocida la cesantía solicitada, la cual fue cancelada el día 18 de julio de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

¹Folio 66 -69cdr.1

² Folio 1-13 cdr.1

13001-33-33-003-2018-00092-01

- Que al observarse con detenimiento, la actora solicitó la cesantía el día 20 de noviembre de 2015, siendo el plazo para cancelarla el día 25 de febrero de 2016, pero se realizó el día 18 de julio de 2016, por lo que transcurrieron 142 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.
- En fecha 20 de abril de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la existencia del acto ficto configurado el día 20 de julio de 2017, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 20 de abril de 2017, por el pago tardío de las cesantías a la actora.

De igual forma, solicita que se declare la nulidad del acto ficto configurado el día 20 de julio de 2017, frente a la petición presentada el día 20 de abril de 2017, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la actora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Que se declare que la señora Carmen Carval Vásquez tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio (vinculado el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.



13001-33-33-003-2018-00092-01

- Que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio (vinculado el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar por tener interés en las resultas del proceso) a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a la actora, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio (vinculado el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar por tener interés en las resultas del proceso) a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A)
- Que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio (vinculado el Departamento De Bolívar – Secretaría de Educación Departamental De Bolívar por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.
- Que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio (vinculado el Departamento De Bolívar – Secretaría de Educación Departamental De Bolívar por tener interés en las resultas del proceso) proceso) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.
- Que se condene en costas a la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio

13001-33-33-003-2018-00092-01

(vinculado el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar por tener interés en las resultados del proceso)

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Ley 91 de 1989; Art. 5 y 15, Ley 244 de 1995; artículos 1 y 2, Ley 1071 de 2006; artículos 4 y 5.

Señala que los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía que dispone la Ley 1071 de 2006, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los sesenta y cinco (65) días después de haber realizado la petición de las mismas, obviando la protección de los Derechos del trabajador, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma y con ésta circunstancia pueda resarcirse los daños que causó a la actora, situación que debe ser oportunamente protegida por este despacho.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad accionada no contestó la demanda.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha dos (02) de mayo de dos mil diecinueve (2019)³, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

³**PRIMERO:** DECLARAR la nulidad del acto ficto configurado el día 20 de julio del 2017, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria formulada el 20 de abril del 2017 por la señora CARMEN JUDITH CARVAL VASQUEZ ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN del Departamento De Bolívar en nombre y representación de la Nación -Ministerio De Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, a reconocer y pagar en favor de la señora CARMEN JUDITH CARVAL VASQUEZ, la suma de CATORCE MILLONES CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS DOCE PESOS (\$14.041.512) por concepto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en el periodo de 135 días comprendido entre el 4 de marzo de 2016 y el 17 de julio de 2016.

No se aplica la indexación del artículo 187 del CPACA por ser incompatible.

TERCERO: No imponer condena en costas a la parte demandada, con sustento en lo expresado en los considerandos de esta providencia.

CUARTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copias con las anotaciones legales para su cobro ante la entidad demandada, y archívese el expediente dejando las constancias del caso."

13001-33-33-003-2018-00092-01

Precisó el A-quo que la presunción de legalidad que ampara el acto ficto demandado ha sido desvirtuada, toda vez que no se demostró ninguna causa que justifique la mora en el pago de las cesantías a la demandante, por lo que se configuró la causal de nulidad prevista por el artículo 137 del CPACA consistente en la violación de las normas superiores, por tanto, le corresponderá a la demandada a pagar un día de salario por cada día de retardo.

4.2. Recurso de Apelación.⁴

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarar que en el presente caso ha operado el fenómeno de caducidad de la acción.

Respecto a la decisión del A quo de haber declarado configurado acto administrativo ficto, sostiene que en el presente caso no se configuró un acto ficto, toda vez que señala que en el plenario obra un escrito fechado el 28 de abril de 2017 dirigido a la señora Carmen Carval Vásquez, de cuya lectura se desprende que la Fiduprevisora S.A. en cumplimiento de las funciones propias como fideicomitente, resolvió de fondo la petición elevada por la docente, circunstancia que a todas luces pone de presente que nos encontramos frente a un acto expreso de negativa de la procedencia de la sanción moratoria y de tal suerte, que la referida respuesta es la que, debió ser objeto de estudio a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese sentido, sostiene que en el presente caso se está ante la situación fáctica de configuración de una ineptitud en la demanda, por cuanto no se demostró la ocurrencia del acto ficto alegado, como así lo dispone el artículo 166 del CPÁCA.

Por otro lado, aduce que como obra plena prueba de la respuesta negativa a la petición de sanción moratoria, ha operado el fenómeno de la caducidad sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que ejerce la demandante, para reclamar el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

4.3. Trámite procesal segunda instancia.

⁴ Folio 80 cdr.1

13001-33-33-003-2018-00092-01

Con auto de fecha veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada. Mediante auto del catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.4. Alegaciones.

La parte demandante⁷ presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada FOMAG⁸ presentó alegatos de conclusión.

4.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

⁵ Folio 4 cdr.2

⁶ Folio 9 cdr.2

⁷ Folio 13 Cdr.2

⁸ Folios 18 cdr.2

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Determinar si en el presente caso operó silencio administrativo negativo frente a la petición de fecha 20 abril de 2017 como lo sostuvo el demandante y como fue declarado por el fallador de primera instancia, o por el contrario, existió un acto expreso cuya legalidad era la que debía atacarse?

En caso que la respuesta consista en que existió un acto expreso que debió ser judicializado, se deberá abordar como problema subsidiario ¿si en este asunto se debe proferir un fallo inhibitorio por no haberse individualizado con precisión el acto a demandar?

Debe indicarse aquí que no sería posible abordar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente al escrito fechado el 28 de abril de 2017 emitido por la FIDUPREVISORA tal como lo plantea el recurrente, por cuanto esa manifestación no fue demandada.

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala Confirmará la sentencia de primera instancia, al considerarse que en el presente caso se configuró acto administrativo ficto o negativo frente a la petición de fecha 20 de abril de 2017 elevada por la demandante, y, por el contrario, el escrito fechado el 28 de abril de 2017 emitido por la FIDUPREVISORA no cuenta con la naturaleza de acto administrativo y además no da respuesta a lo peticionado, contrario sensu a lo sostenido por la parte recurrente.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Funciones del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cabeza de las Secretarías de Educación certificadas y de la FIDUPREVISORA S. A.

La Ley 91 de 1989, según la cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estipuló en su artículo 3º que éste es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga

13001-33-33-003-2018-00092-01

más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley, y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen.

La misma norma estableció la atribución a dicho fondo de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales o nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de su promulgación y de los docentes que se vincularan con posterioridad a ella, atención que se materializa, entre otras actuaciones, en el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, las cuales serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, éste a su vez delega tal función a los entes territoriales.⁹

Lo anterior, fue ratificado por el artículo 180 de la Ley 115 de 1994, por la cual creó el estatuto general de educación, en el sentido de que las “prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente”.

Sumado a lo dicho, según el literal d) del artículo 179 de la mencionada ley, corresponde a los Fondos Educativos Regionales, adscritos a las secretarías de educación de las entidades territoriales respectivas, atender y tramitar las solicitudes de prestaciones sociales del personal docente, para que sean pagadas con cargo a los recursos del fondo.

De lo expuesto, se desprende que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no es un ente del derecho público o privado, por el contrario, es considerado como una cuenta especial, con patrimonio propio, sin personería jurídica, que tiene a cargo el pago de las acreencias prestacionales de los docentes afiliados, sin embargo, sus recursos son manejados y administrados por una entidad fiduciaria.

Al respecto, para la administración de los recursos del fondo, el Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia con la Fiduciaria La Previsora S. A., el 21 de junio 1990, contrato que estatuye las especificaciones

⁹ Artículos 4, el numeral 1º del artículo 5º y 9º de la Ley 91 de 1989.

13001-33-33-003-2018-00092-01

para el cumplimiento de los cometidos de la Ley 91 de 1989 referidos al pago de las prestaciones sociales, entre otros.

Así las cosas, se tiene que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora S. A., actúan mancomunadamente en el reconocimiento y pago de las prestaciones de sus docentes adscritos, con la salvedad de que al primero le asiste el deber legal de estudiar el reconocimiento de esos derechos.

Para obtener el reconocimiento y pago de esas prestaciones, se ha previsto un trámite o procedimiento administrativo en donde se distinguen las funciones tanto de la secretaría de educación certificada de la entidad territorial donde el docente preste sus servicios, actuando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como el de la Fiduciaria La Previsora encargada de administrar los recursos del citado fondo.

En efecto, la Ley 962 de 2005¹⁰, en su artículo 56, determinó el procedimiento enunciado, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005¹¹, que reguló el articulado transcrito, estableció el trámite en sede administrativa para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al fondo, en los siguientes términos:

Artículo 2º. *Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones*

¹⁰ "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."

¹¹ "por el cual se reglamentan el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones."



13001-33-33-003-2018-00092-01

económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, **la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.**

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.**

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1º. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5º. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

13001-33-33-003-2018-00092-01

De acuerdo con lo anterior, se logra concluir que los roles que desempeña el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora, son distintos, por su parte, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por mandamiento legal, es el llamado a reconocer y pagar todos los emolumentos prestacionales de los docentes vinculados al mismo, actuación que se surte a través del Ministerio de Educación Nacional, el cual lo delega a los ente territoriales, por conducto de sus Secretarías de Educación certificadas, quienes deben proferir los actos administrativos de previa aprobación de la FIDUPREVISORA S. A., quien es la encargada de realizar el respectivo desembolso del dinero por concepto de la prestación reconocida, y la FIDUPREVISORA S. A., sólo está limitada a impartir aprobación o visto bueno del proyecto de acto administrativo elaborado por la respectiva secretaria de educación, que de ser aprobado, se procederá a la firma y notificación del acto de reconocimiento y pago por parte del secretario de educación, o quien haga sus veces.

Es ese sentido, es dable inferir que una cuestión es el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y, otra muy diferente, es el desembolso de los dineros por concepto de aquellos, y en esto hay que hacer claramente la distinción, por cuanto la FIDUPREVISORA S. A., solo realiza esta última actividad, porque su función administrativa, si así lo podemos llamar, está relacionada exclusivamente a ser la administradora de los recursos dados en fiducia por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, quien a su vez, verifica la existencia de la respectiva disponibilidad presupuestal para efectuar el pago, por tal motivo, el titular de la obligación o responsable en el pago o no de los emolumentos prestaciones es la Secretaría de Educación en representación del citado fondo, por ser quien resuelve si le asiste el derecho o no al docente de percibir aquellos factores, en consecuencia, cualquier incumplimiento o reproche en la negativa de reconocimiento y pago de una prestación social debe ser imputable a la Secretaría de Educación.

En orden de ideas, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la FIDUPREVISORA S. A., y las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia, se infiere que aquella no tiene aptitud jurídica para resolver solicitudes que ante ésta se elevan por concepto de pago de prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado, toda vez que, se insiste, quien ostenta la atribución legal para desatar tales pedimentos es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cabeza de las secretarías de educación acreditadas, entidad que reemplaza a los empleadores públicos en el pago de dicho derecho prestacional.

13001-33-33-003-2018-00092-01

Y si bien, la sanción por mora no puede ser considerada una prestación social, ello no desvirtúa la responsabilidad del Fondo, como quiera que ella deviene del incumplimiento del empleador en el pago de las cesantías, que para el caso de los docentes es subrogado en dicha obligación por el FNPSM por mandato legal; en caso de que se cumpla el supuesto de hecho de la ley 244 de 1995 o la ley 1071 de 2006, esto es, retardo en el pago, debe como ente que remplaza al empleador público, entrar a responder por la consecuencia jurídica que se deriva de su omisión, retardo o incumplimiento.

6.4.2. De la naturaleza jurídica de la FIDUPREVISORA S.A.

La Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación SU – 014 de 2002, estudió la naturaleza jurídica de la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S. A., sentado su posición al respecto:

*“(..)*Para concluir este aparte, corresponde reiterar que la Fiduciaria La Previsora S.A., **es una sociedad de economía mixta, regida por el derecho privado, que, en principio, no puede ser sujeto pasivo del derecho de petición, porque su obligación de administrar los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia efectuar los desembolsos correspondientes a las prestaciones de los docentes, con base en la previa determinación de aquel no le imprime carácter de autoridad pública.**

Al respecto resulta preciso recordar la Sentencia T-619 de 1999, ya citada, en la que, como se dijo, atendiendo a la naturaleza jurídica de la Fiduciaria La Previsora S.A. y al contrato celebrado entre ésta y el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se concluyó que la entidad no tenía aptitud jurídica para garantizar el derecho de petición de los docentes al servicio del Estado. Dice así el pronunciamiento: “Cabe señalar que la Fiduciaria La Previsora, es una empresa industrial y comercial del Estado, autorizada por el Decreto 1547 de 1984, la cual de conformidad con la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, celebró con la Nación - Ministerio de Educación Nacional un contrato de fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la finalidad primordial de la eficaz administración, inversión y destinación de sus recursos, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del citado Fondo. Recursos éstos provenientes del “5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo; las cuotas personales de inscripción (...); el aporte de la Nación (...)”.

Por consiguiente, dada su naturaleza, las actividades que le han sido encomendadas conforme a su objeto social, el régimen privado que le es aplicable como empresa industrial y comercial del Estado, además de no reunir las características propias de “autoridad”, no cabe duda que contra ella es improcedente la acción de tutela, en los términos del artículo 86 de la Constitución Política.

Al respecto se dijo por esta Corporación en la sentencia No. T-524 de 1994, MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero:

“Para el acceso a mecanismos judiciales concebidos para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales, como es el caso de la acción de tutela, es necesario que el juez de tutela realice un ejercicio analítico, con el fin de estudiar si el sujeto



13001-33-33-003-2018-00092-01

contra quien se dirige la acción, es de aquellos que son sujeto pasivo de la acción por permitirlo la Constitución.

Por lo tanto, debe estudiarse si la supuesta amenaza o vulneración de un derecho constitucional fundamental de alguna persona fue producida por la actuación u omisión de particulares o de una autoridad pública, entendida, esta última por los actos que ella produce en un contenido jurídico y no en el carácter subjetivo en el que se originan.

Entonces, debe diferenciarse la actividad o poder de autoridad de la actividad de gestión. En la primera el Estado manifiesta una actividad de mando a través de la expedición de actos de poder o de autoridad. En la segunda, se enmarcan las actuaciones que realiza el Estado sin utilizar el poder de mando y que, por consiguiente, son semejantes a las actuaciones de los particulares.

(...)

Para el caso concreto, ALMAGRARIO S.A.. -constituida mediante la escritura pública número 10 de la Notaría Novena del círculo de Bogotá, del 5 de enero de 1965, es una Sociedad de Economía mixta, atendiendo a lo estipulado por el Decreto 133 de 1976. Y conforme a lo establecido en el artículo 8 del Decreto 1050 de 1968, es una persona jurídica cuyas actividades se sujetan al Derecho Privado, en razón a las finalidades específicas para las cuales fue creada.

(...).

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la actuación que origina el proceso - independientemente del tipo de contrato que rija la relación entre las partes, aclaración que no le corresponde a este juzgador- es un acto realizado por una sociedad de economía mixta, en desarrollo de su actividad comercial. (...)

Así pues, al analizar en conjunto este articulado podemos concluir que, la contratación que la sociedad ALMAGRARIO S.A. realizó con el señor HENRY LEVY TESSONE, es una actividad que realiza la empresa como particular y por lo mismo queda sometido al derecho común y a los jueces ordinarios". (...)

3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores."

6.4.3. Del silencio administrativo.

13001-33-33-003-2018-00092-01

El H. Consejo de Estado ha precisado que los actos administrativos que son pasibles de control jurisdiccional son aquellos catalogados como definitivos, esto es, *“los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*¹²; señalando que los actos definitivos pueden ser expresos o fictos, estos últimos se configuran ante la falta de pronunciamiento del funcionario competente dentro de una determinada actuación administrativa. En efecto, cuando las autoridades públicas omiten el deber de expedir actos expresos con el fin de culminar los procedimientos administrativos, el legislador establece la ficción de una respuesta negativa o positiva a lo solicitado por los peticionarios con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia¹³.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, es dable señalar que el silencio administrativo puede revestir de dos modalidades, a saber; i) silencio administrativo negativo y ii) silencio administrativo positivo.

Por su parte el artículo 83 del CPACA regula el silencio negativo de la siguiente manera:

“...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 que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”

El H. Consejo de Estado¹⁴ señala que el silencio administrativo negativo involucra la potestad para el administrado de invocar esa omisión de las autoridades como una respuesta contraria a su reclamación, por lo que se entiende como una especie de castigo ante la desidia de las entidades y una garantía procesal para el solicitante, pues le permite demandar la nulidad de ese acto ante los jueces y así mismo pretender el restablecimiento de su derecho subjetivo, presuntamente conculcado por la autoridad administrativa ante la negativa de sus pretensiones.

¹² Artículo 43 del CPACA.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejero ponente: Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 30 de abril de 2014, radicado: 13001 23 31 000 2007 00251 01(19553), actor: Inversiones M. Suarez & CIA. S. EN C., en Liquidación.

¹⁴ Auto del 03 de septiembre de 2020, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A.

13001-33-33-003-2018-00092-01

Por lo que sostuvo en la misma providencia, que el silencio administrativo negativo que origina el acto ficto o presunto, es una garantía para el administrado en la medida en que no se deja al arbitrio de las entidades el contestar o no la petición, o que se emita un pronunciamiento que no constituya una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, pues se faculta al solicitante para que pretenda la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, con el objetivo de evitar que la administración se beneficie de su conducta negligente.

5.5. CASO EN CONCRETO.

5.5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Derecho petición de fecha 20 de abril de 2017, presentada por la apoderada de la demandante, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.¹⁵
- Resolución N° 350 del 29 de febrero de 2016, por medio de la cual la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar le reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a favor de la docente Carmen Carval Vásquez.¹⁶
- Comunicación expedida por la FIDUPREVIDORA de fecha 28 de abril de 2017, donde le dan la constancia a la Carmen Carval Vásquez de que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio programó el pago de una cesantía parcial a su favor, disponible a partir del 18 de julio de 2016, por un valor de \$48.000.000.
- Certificado de factores salariales y comprobante de pagos, del 01 de al 30 de noviembre de 2015 y del 01 al 31 de julio de 2016.¹⁷

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Descendiendo al *asunto objeto de estudio*, se tiene que la parte demandada sostiene en el recurso de apelación interpuesto, que en el presente caso existe inepta demanda, por cuanto no se ha configurado acto administrativo ficto, al evidenciarse una respuesta de fecha 28 de abril de 2017 donde la Fiduprevisora resolvió de fondo la solicitud de la señora

¹⁵ Folio 19-20 cdr.1

¹⁶ Folio 21 cdr.1

¹⁷ Folio 23-24 cdr.1

13001-33-33-003-2018-00092-01

Carmen Carval Vásquez, por tanto, la respuesta debió ser objeto de estudio.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto de la apelación.

Se encuentra acreditado que la demandante elevó petición la entidad demandada el 20 de abril de 2017¹⁸, en donde solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales. Por su parte, la FIDUPREVISORA mediante oficio de 28 de abril de 2017¹⁹, le comunica a la docente que las cesantías parciales que le fueron reconocida mediante Resolución 350 del 29 de febrero de 2016 se encontraban disponibles a partir del 18 de julio de 2016.

De acuerdo a lo planteado atrás, el problema jurídico principal se centra en determinar en el caso que nos ocupa si existió o no un acto presunto negativo como consecuencia de un silencio de la administración frente a la petición de la actora, o si por el contrario existió un acto expreso como se plantea en el recurso de apelación. Es que de acuerdo a esta respuesta, dependen los demás planteamientos de defensa expuestos por el apelante, como es entre otros la inepta demanda.

Con la finalidad de abordar lo anterior, la Sala considera indispensable hacer alusión los presupuestos para la configuración del acto administrativo ficto o presunto, los cuales han sido definidos por la doctrina²⁰ así; a. El deber de un órgano de resolver, a instancia de parte interesada o de oficio, determinado asunto mediante acto administrativo. b. Vencimiento de un plazo o término señalado en la ley o en el reglamento, y. c. Falta de notificación al interesado de cualquier decisión sobre el asunto, antes de ese vencimiento.

Teniendo en cuenta los presupuestos antes señalados, esta Sala logra observar que la demandante Carmen Carval efectivamente presentó reclamación administrativa de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías el día 20 de abril de 2017²¹, y a la fecha de la presentación de la demanda (23 de abril de 2018)²², la entidad Ministerio de Educación-FOMAG no había brindado respuesta a la petición

¹⁸ Folio 19-20 cdr.1

¹⁹ Folio 22 cdr.1

²⁰ Berrocal Guerrero Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, según la Ley, Jurisprudencia y la Doctrina, Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.

²¹ Folio 19-20 cdr.1

²² Acta de reparto-folio 27

13001-33-33-003-2018-00092-01

de la actora, es decir que transcurrieron más de 3 meses desde la presentación de la petición. Por lo anterior, esta Sala considera que en el presente caso se configuró acto administrativo ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo originado en la reclamación del 20 de abril de 2017, acto administrativo susceptible de control judicial a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En segundo lugar, la Sala sostiene que el Oficio de fecha 28 de abril de 2017 no ostenta la calidad o la naturaleza de acto administrativo, esto es, no contiene una decisión de la Administración, por cuanto la FIDUPREVISORA S. A., dada su misma naturaleza jurídica y por las obligaciones que se contemplaron en el contrato de fiducia, no tiene las atribuciones de autoridad pública que preste función administrativa en relación al estudio de reconocimiento y pago de emolumentos salariales y prestaciones de los docentes afiliados al Fondo, ni mucho menos, los referidos al pago de indemnización por pago tardío de prestaciones sociales, específicamente, las cesantías, sean definitivas o parciales, pues, esta atribución le asiste únicamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto de las Secretarías de Educación acreditadas donde se encuentre vinculado el docente, dependencia que en ejercicio de la actividad administrativa estudia y resuelve de fondo las peticiones atinentes al pago de tales factores y sanciones, sin perjuicio al “visto bueno” que debe impartir la FIDUPREVISORA S.A., al proyecto de acto de reconocimiento.

En razón a lo anterior, la Fiduprevisora no cumple con el primero de los presupuesto antes señalados, es decir, no es la entidad competente para brindarle una respuesta a la reclamación administrativa presentada por la actora, siendo la entidad responsable del presunto pago tardío de las cesantías, el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser quien con sus recursos cancela los derechos salariales y prestacionales de los docentes afiliados, sujeto a un previo trámite administrativo que se surte ante la Secretaría de Educación donde se encuentre vinculado el docente.

En ese orden de ideas, la entidad competente para emitir una respuesta frente a la petición realizada por la accionante es la Secretaría de Educación Departamental, ya que para el caso en concreto la FIDUPREVISORA S. A., no cumple con las características propias de una autoridad pública como tampoco ejerce funciones administrativas. Al respecto cabe precisar que de conformidad con las disposiciones de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 la Fiduprevisora solamente se encarga de revisar el proyecto de acto administrativo en el que se reconoce una

13001-33-33-003-2018-00092-01

prestación y lo aprueba o niega, devolviéndolo a la Secretaría de Educación con las observaciones de forma y fondo a que haya lugar. Por tanto, el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio representado por el Secretario de Educación Departamental, es la dependencia competente para pronunciarse sobre la viabilidad del reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de las cesantías parciales reconocidas a la accionante a través de la Resolución 350 del 29 de febrero de 2016.

Así las cosas, dando respuesta al problema jurídico planteado, se concluye que no le asiste razón a la entidad demandada, por cuanto el oficio de 28 de abril de 2017, expedido por la fiduciaria LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S. A., no tiene la calidad de acto administrativo definitivo y no puede reputarse como un acto expreso frente a lo planteado en la petición.

En tal sentido, se puede señalar que ha acontecido el fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo en relación al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por la Secretaría de Educación Departamental, toda vez que se evidencia que frente a la petición del 20 de abril de 2017 no existe respuesta por parte de esta entidad respecto a la sanción moratoria solicitada por la demandante, acto ficto pasible de estudio de legalidad.

En vista de que el presente proceso se configuró acto administrativo ficto, tal y como declaró el juez de primera instancia, no hay lugar a proferir un fallo inhibitorio, por cuanto la parte demandante cumplió con su obligación dispuesta en el artículo 163 del CPACA, esto es, de identificar, individualizar y precisar el acto administrativo que definió su situación jurídica, lo que quiere decir que cumplió con los requisitos formales de la demanda.

En ese orden de ideas, debe concluirse que efectivamente en este proceso el acto a demandar es el configurado por el silencio administrativo negativo de la entidad ante la petición de fecha 20 de abril de 2017 y no el oficio del 28 de abril de 2017 proferido por la FIDUPREVISORA S.A., el cual se reitera no es un acto que tiene calidad de acto administrativo definitivo y que no es pasible de control de legalidad.

De conformidad con todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

13001-33-33-003-2018-00092-01

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandada a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el dos (18) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

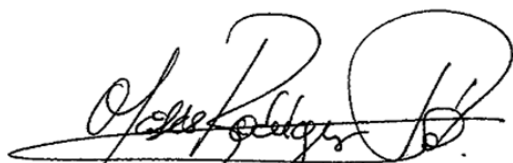
Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

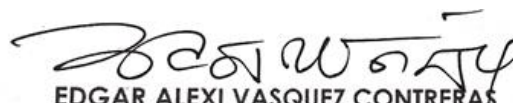
LOS MAGISTRADOS



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

13001-33-33-003-2018-00092-01


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas corresponden a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del Proceso Radicado con el No. 13001-33-33-003-2018-00092-01.