JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTA SECCIÓN SEGUNDA

PROCESO : ***ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO***
RADICACIÓN No.: ***110013335012-2016-00349-00***
ACCIONANTE: ***MERCEDES LEAL MARIÑO***
ACCIONADOS: ***NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.***

ACTA No. 017-19
AUDIENCIA INCIAL
ART. 180 - LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. a los catorce (12) días del mes de febrero de 2019, siendo las nueve (09:00 a.m.) de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la ***Sala 20 de la sede judicial CAN*** *y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes*

1. INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: *DINA PAULA ANDREA ABRIL CLAVIJO*

PARTE DEMANDADA - Ministerio De Educación: *No comparece.*

PARTE DEMANDADA - Secretaria de Educación: *HERMES CUENCA MENESES.*

SE RECONOCE PERSONERIA A LOS APODERADOS DE CONFORMIDAD CON EL PODER APORTADO EN AUDIENCIA.

No se hizo presente la Representante del Ministerio Público.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con los artículos 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- *Saneamiento del proceso*

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de ***saneamiento del proceso****, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.*

Los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear.

Revisado nuevamente el expediente el Despacho encuentra que la demanda no debió ser admitida por carencia de presupuestos procesales.

FALTA DE CONCILIACION PREJUDICIAL

En audiencia Inicial celebrada el pasado 31 de octubre de 2018 se requirió al apoderado de la parte actora para que aportara al expediente copia de la constancia de conciliación adelantada ante la Procuraduría General de la Nación, acreditando con ello el cumplimiento del requisito de procedibilidad, sin embargo la documental no fue allegada.

En cuanto a este requisito su exigencia se encuentra dispuesta en el numeral 1° del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011:

> *"**Artículo 161. Requisitos previos para demandar.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.*
>
> *En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.*
>
> *(...)"*

De la norma citada, sin equivocó alguno se advierte que es presupuesto para acudir ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, haber surtido la conciliación prejudicial en aquellos asuntos que sean conciliables.

Al respecto es importante precisar que las cesantías son una prestación social, mientras que la sanción moratoria por su pago tardío son una cuestión accesoria, y por lo tanto no son prestaciones periódicas.

Sobre la naturaleza de las cesantías el Consejo de Estado[1] ha precisado:

---

[1] *Consejo de Estado, C.P Dr. GUILLERMO VARGAS AYAA, Radiación 11001-0315-000-2012-01290-01 del 13de febrero de 2013*

"la cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria y cuando como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme."

En tal sentido, al no ser la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías una prestación periódica de término indefinido como sí lo son las pensiones, el acto que administrativo que niega su reconocimiento es susceptible de ser controvertido ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y debe agotarse el requisito de procedibilidad de agotamiento de conciliación prejudicial, por ser una pretensión de contenido económico, carga impuesta a las partes en el estatuto procesal administrativo que no se acreditó en el sub judice independientemente de que se demandara un acto ficto o expreso.

INDEBIDA DEMANDA

Solicita el apoderado de la parte actora, se declare la existencia del acto ficto o presunto causado con el silencio de la administración frente a la petición radicada el día 21 de julio de 2014 con el radicado 2014-120886 ante la Secretaría de Educación del Distrito, con la cual reclama el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que aduce tiene derecho por el pago tardío de las cesantías parciales. (fl.12)

Respecto de la petición formulada por la actora, la Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Educación del Distrito, mediante oficio S-2014-114158 del 31 de julio de 2014 visible a folio 15 del expediente, dio contestación en los siguientes términos:

> *"Sobre el asunto de la referencia, se procede a dar respuesta a su petición relacionada con el reconocimiento y pago de indemnización moratoria de cesantías definitivas, me permito informarle:*
>
> *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial representada por el Ministerio de Educación Nacional y sus recursos administrados por la Fiduciaria La Previsora S.A (Ley 91 de 1989), razón por la cual la competencia de la Secretaría de Educación de Bogotá va hasta el reconocimiento de la prestación a través de acto administrativo, el cual una vez notificado y ejecutoriado se remite con la orden de pago a la entidad pagadora, en el caso concreto la sociedad fiduciaria en mención (art. 3 numeral 5 Decreto 2831 de 2005).*
>
> *De conformidad a lo dispuesto por la art. 56 Ley 962 de 2005, las Secretarias de Educación acreditadas son las competentes para reconocer las prestaciones de los docentes que prestan sus servicios al ente territorial, para el caso del Distrito Capital, la Secretaria de Educación de Bogotá es la responsable de tramitar las solicitudes de sus 30.000 afiliados (pensiones, cesantías parciales y definitivas, auxilios, cumplimiento de fallos judiciales).*
>
> *En mérito de lo anterior, consideramos importante manifestarle:*
>
> 1. *Que su solicitud de intereses por mora <u>no es una prestación social</u> prevista por el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978 y demás normas concordantes, y en especial la Ley 91 de*

1989, Ley 962 de 2005 art. 56, y el Decreto 2831 de 2005. ***Por ende, no es dable expedir acto administrativo alguno de reconocimiento.***

2. *Que la competencia de la Secretaría de Educación de Bogotá va hasta el reconocimiento mediante acto administrativo de las prestaciones sociales solicitadas por los docentes, tales como: pensión, cesantías, auxilios y cumplimiento de fallos judiciales que ordenan el ajuste de una pensión o cesantía; mas no el pago de las mentadas prestaciones sociales, y mucho menos el reconocimiento y pago de INTERESES POR MORA, para el caso de los docentes es la Fiduprevísora S.A., como administradora del recursos de este fondo.*
3. *Es importante manifestarle que esta Secretaría una vez ejecutoriado el Acto Administrativo, remite la orden de pago de la prestación reconocida a la Fiduprevísora S.A., dando cumplimiento al art. 3 numeral 5 del Decreto 2831 de 2005 finalizando de esta manera la responsabilidad del Fondo de Prestaciones del Magisterio.*
4. *Aunado a lo anterior la Ley 1071 de 2006, establece que los intereses moratorios serán pagados por la entidad que administra los recursos de este fondo, es decir la Previsora S.A.*

Es por ello que la sociedad fiduciaria La Previsora S.A. -Fiduprevísora S.A.-, en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la responsable de pagar los intereses por mora, ya que no es una prestación que deba ser reconocida por acto administrativo. Esto en cumplimiento del Decreto.2831 de 2005, por autorización de la Ley 91 de 1989, y del contrato de fiducia mercantil contenido en la Escritura Pública # 0083 de 21/06/1990 autorizada en la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, entre la Fiduciaria La Previsora FIDUPREVISORA S.A. y la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, con el objeto de administrar los recursos del Fonpremag.

En virtud de lo anterior, su petición se remite a la FIDUPREVISORA S.A., por competencia, mediante radicado S-2014-114143 de julio 31 de 2014. Frente a los puntos 1 y 2, es la entidad que responderá su solicitud de fondo y de manera concreta.

De esta manera esperamos haber dado respuesta a su solicitud, junto con los otros derechos de petición, de los cuales allegamos relación."

El Oficio expedido por la Secretaria de Educación del Distrito, pone de presente los siguientes aspectos:

- *FRENTE AL RECONOCIMIENTO: No hay lugar a expedir acto administrativo de reconocimiento de sanción mora porque esta no es una prestación social prevista por el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978 y demás normas concordantes, y en especial la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 art. 56, y el Decreto 2831 de 2005, normas que limitan la competencia de la Secretaría de Educación.*

- *FRENTE AL PAGO: De acuerdo a la ley 1071 de 2006 y al contrato de fiducia mercantil contenido en la Escritura Pública #0083 de 21/06/1990 autorizada en la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, corresponde al ente pagador FIDUPREVISORA S.A. cancelar con sus propios recursos la sanción por mora en el pago*

Bajo estas consideraciones se desvirtúa la existencia de un acto ficto causado con el presunto silencio de la administración frente al derecho de petición radicado el 21 de julio de 2014, pues el pronunciamiento de la administración tuvo lugar el día 31 del mismo mes y anualidad, y en él claramente resuelve de fondo la petición señalando que lo reclamado no es una prestación social prevista por la Ley y no está facultada para efectuar dicho reconocimiento.

Por su parte La FIDUPREVISORA S.A mediante Oficio del 35625 del 25 de octubre de 2014 - (visible a folio 17), dio contestación a la solicitud de manera desfavorable manifestando que "por lo expuesto es que me permito informarle que según la información ya suministrada, esta entidad efectuó el pago de su cesantía dentro de los términos legalmente establecidos para ello, por lo que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia en su petición".

En ese orden de ideas, ha debido la actora demandar el primer acto administrativo si lo que pretendía era una condena a cargo de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES pues es la entidad territorial la delegada para expedir los actos de reconocimiento de prestaciones y en consecuencia debió debatirse en sede judicial los argumentos expresados por ella.

Otra alternativa habría sido demandar a la FIDUPREVISORA para que respondiera con su pecunio por la mora a ella imputable en el pago de la prestación, en virtud de lo dispuesto en la ley 1071 y el contrato de fiducia, situación que tampoco se llevó a cabo en este asunto.

Por lo expuesto se declarara la INEPTA DEMANDA y dará por terminado el presente proceso por indebida individualización del acto, pues ha debido demandarse el acto administrativo - Oficio con radicado S-2014-114158 del 31 de julio de 2014 y no un acto presunto, aunado a ello tampoco se agotó el requisito de procedibilidad dispuesto en el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

- *El proceso buscaba el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías parciales.*

- *Fue declarada de oficio la excepción de INEPTA DEMANDA, pues no se demandó el acto administrativo en concreto que negó el reconocimiento de la sanción moratoria, sino la existencia de un acto ficto.*
- *NO se acredito el agotamiento del requisito de procedibilidad previsto por el artículo 161 del C.P.A.C.A.*

Bajo estas consideraciones se condenara en costas a la parte demandada por resultar vencida en juicio a pagar a la demandada el 20% de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el ***JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA****, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR *probada de oficio* ***LA INEPTA DEMANDA*** *por indebida individualización del acto, y falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO. *Dar por* ***TERMINADO*** *el proceso.*

TERCERO. CONDENAR *en costas a la parte demandante a favor de la demandada conforme a lo expuesto en la parte considerativa*

CUARTO. EJECUTORIADA *esta providencia,* ***archívese*** *el proceso, previa las anotaciones de rigor.*

QUINTO. DESTINAR EL REMANENTE *de lo consignado para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura.*

Decisión notificada en estrados.

LA APODERADA DE LA PARTE ACTORA MANIFIESTA QUE NO INTERPONE RECURSO.

YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

DINA PAULA ANDREA ABRIL CLAVIJO
PARTE DEMANDANTE

Hermes Cuenca M.
HERMES CUENCA MENESES
PARTE DEMANDADA - SECRETARIA DE EDUCACIÓN