



**JUZGADO VEINTISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Expediente:	11001-33-35-026-2017-00019-00
Accionante:	Carmen Stella Bejarano Marín
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Demandado:	Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. (En calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio)
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho

Antecedentes

Carmen Stella Bejarano Marín, presentó demanda en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. (En calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio)**, con el objeto de obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías a la docente.

En efecto se plantearon como pretensiones de la demanda las siguientes:

- “1. Se declare la nulidad del oficio No. S-2015-59030 de 22 de Abril de 2015, emitido por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser de su competencia y como restablecimiento del derecho, se ordene el pago de la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas.
- Subsidiariamente solicito se declare la nulidad del oficio con Radicado No. 20150170439841 de 11 de junio de 2015, emitido por la Fiduprevisora S.A.
- Se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá, a través de Fiduprevisora S.A., debe reconocer y pagar la indemnización moratoria, por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas con la Resolución No. 127 de 4 de enero de 2012, a

razón de un día de salario por cada día de retardo, desde el 29 de septiembre de 2011 y hasta el día 14 de mayo de 2012, (fecha de pago de dicha prestación), equivalente a la suma de (\$20.458.350 M/LV) de conformidad con la Ley 1071 de 2006, artículo 5º Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes y complementarias; valor que deberá indexarse para el día del pago.

4. Se ordene a las entidades demandadas a que dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

5. Condenar a las entidades demandadas a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

6. Condenar a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo normado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

7. Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.”¹

En vista de dicho planteamiento, mediante providencia del 24 de febrero de 2017 (fl.33) se ordenó librar oficio con destino a la Fiduciaria La Previsora S.A. con el objeto de incorporar al plenario la constancia de notificación, comunicación y/o publicación de la decisión contenida en el Oficio No. 20150170439841 del 11 de junio de 2015, por la cual se desató una petición en relación con la señora **Carmen Stella Bejarano Marín**, identificada con C.C. No. 41.646.828.

Para dar cumplimiento a la orden judicial impartida, el Gerente Jurídico de la Fiduciaria La Previsora S.A., mediante Oficio No. 20170820391961 del 30 de marzo de 2017 informó que el Oficio No. 20150170439841 del 11 de junio de 2015 fue remitido al abogado Porfirio Riveros Gutiérrez y recibido en la dirección de notificaciones indicada por el mismo el 16 de junio de 2015.

i. De la determinación del acto administrativo definitivo pasible de control jurisdiccional.

Se acreditó en el plenario que la señora Carmen Stella Bejarano Marín, presentó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Bogotá, pretendiendo el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías dentro de la oportunidad establecida en la ley, el 21 de abril de 2015 siéndole asignado el número de radicación E-2015-66043 (Cfr.fl.8 a 9).

¹ Folios 20 a 21 del cuaderno principal.

Expediente: 11001-33-35-026-2017-00019-00
 Accionante: Carmen Stella Bejarano Marín
 Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
 Demandado: Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A.
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

El pedimento fue remitido por la Secretaría de Educación Distrital a la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. (En calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), con el objeto de decidir de mérito el asunto, pues así quedó expuesto por el Director de Prestaciones Económicas de la entidad, que mediante Oficio No. 20150170439841 del 11 de junio de 2016, se pronunció sobre el fondo de lo peticionado por la accionante y concluyó que la prestación fue pagada dentro de la oportunidad legal, por lo que en términos del artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe entenderse este como el acto administrativo definitivo que resolvió la situación de carácter particular y concreto de la señora Carmen Stella Bejarano Marín (Cfr.fl.13 a 14).

Bajo este análisis es claro que la decisión administrativa adoptada por la Fiduciaria La Previsora S.A. (En calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) tiene la entidad de acto administrativo definitivo pasible de control jurisdiccional, por lo que no puede entenderse como pretensión subsidiaria dentro del medio de control propuesto.

No resulta admisible el argumento expuesto en el plenario en el sentido de plantear la pretensión principal declaratoria respecto del acto administrativo de trámite por el cual la Secretaría de Educación Distrital ordenó la remisión por competencia del derecho de petición para que fuera resuelto de fondo por la autoridad administrativa competente.

Se precisa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se ha ocupado de analizar el alcance de las decisiones adoptadas por la Sociedad Fiduciaria La Previsora, en materia de las distintas prestaciones económicas derivadas de las relaciones laborales que ostentan los docentes a nivel nacional. Sobre el particular el Tribunal Administrativo de Antioquia², estableció lo siguiente:

“La Entidad Emisora

La Fiduprevisora S.A. es una sociedad de economía mixta sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo capital público asciende al 90%.

En virtud del contrato de fiducia celebrado con el Ministerio de Educación para la administración de los recursos del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde a la Fiduprevisora el cumplimiento de los cometidos de la Ley 91 de 1989 referidos al pago de las prestaciones sociales, entre otros del Patrimonio Autónomo denominado Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio.

² Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala primera de oralidad. Magistrado Ponente: Jorge Iván Duque Gutiérrez. Medellín, veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015). Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho - Laboral. Demandante: Adalberto Monsalve Hurtado. Demandado: Municipio de Medellín-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A. Radicado: 05001-33-33-011-2013-00863-01. Procedencia: Juzgado Once Administrativo. Instancia: Segunda. Interlocutorio: SPO -256- Ap.

La Fiduprevisora, de acuerdo con su naturaleza jurídica y como administradora de los dineros de las pensiones del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que es un fondo público; es indudable que cumple una función administrativa.

Por consiguiente y contrario a lo manifestado por el Juez A-Quó, y de acuerdo con las características de los actos administrativos, las decisiones de la Fiduprevisora, en relación con las peticiones sobre reconocimiento y pago de la indemnización por mora por el pago tardío de cesantías; si constituyen actos administrativos. Situación diferente es, que de acuerdo con la ley 962 de 2005, la competencia para decidir sobre los derechos de los afiliados al Fondo, corresponda a este, y no a la Fiduprevisora; pero esto no le quita a la decisión el carácter de acto administrativo definitivo que en principio surte efectos jurídicos y por lo tanto es susceptible de ser enjuiciado por la Jurisdicción. La falta de competencia de la entidad para emitir un determinado acto administrativo afecta su validez, no su carácter de decisión administrativa.

Lo anterior, tiene fundamento en el artículo 104 de la ley 1437 de 2011, según el cual, “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.” (Se subraya)

La misma conclusión se extrae de las citas jurisprudenciales citadas; las cuales hacen referencia al procedimiento de expedición de los actos administrativos que resuelven derechos de los afiliados al fondo Nacional de Presentaciones Sociales del Magisterio. La primera de ellas, sentencia T-619 de 1999, si se lee en contexto, se observa que allí, al Máximo Tribunal Constitucional, le correspondió en sede de revisión de tutela decidir sobre la protección del Derecho fundamental de petición y por ello debió examinar las competencias de las entidades involucradas, determinado que en ese caso, la Fiduprevisora no tenía la capacidad de satisfacer el derecho de petición del actor, por cuanto no era la llamada a resolver sobre sus derechos pensionales.

Y en la otra providencia citada, expresó la H. Corporación:

“Pero lo anterior no exime a la Fiduciaria de su deber de limitarse a cumplir con su obligación de poner un visto bueno a la liquidación y devolver los expedientes a la oficina coordinadora del Fondo, porque, como ella misma lo ha reconocido, solo tiene obligaciones de medio y, si nada le compete respecto de la emisión del acto

administrativo en curso, no le es permitido impedir que éste sea dictado³ (subrayas fuera de texto)

En ninguna de estas providencias, se ha dicho por parte del máximo Tribunal Constitucional, que las decisiones de la Fiduprevisora no constituyan verdaderos Actos Administrativos. Lo que se ha determinado en esos pronunciamientos ha sido la falta de competencia de esa entidad, para decidir acerca de los derechos pensionales de los afiliados.”

En ese sentido es claro que el acto administrativo de carácter definitivo pasible de control jurisdiccional en el asunto, lo constituye el Oficio No. 20150170439841 del 11 de junio de 2016 por el cual la Dirección de Prestaciones Económicas de la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales a la docente Carmen Stella Bejarano Marín.

ii. De la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Al revisar la naturaleza de la cesantías como prestación social, resulta pertinente traer como argumento la postura del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, que en providencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014), determinó que las cesantías parciales o definitivas, no configuran una prestación periódica, sino unitaria, que, aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.

Ahora y en gracia de discusión, en el evento que dicha prestación fuese considerada periódica, la misma corporación ha determinado que *“La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de prestación periódica, es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario. En ese sentido, los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprende no sólo decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también envuelve los actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, **siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.**”*⁴ (Subrayas fuera del texto)

Si bien en el asunto lo reclamado es la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, lo cierto es que la naturaleza de la misma se define como una sanción a cargo del empleador y a favor

³ Sentencia SU – 014 de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis

⁴ Consejo de Estado, sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007), Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05916-01(4926-05).

del trabajador, en tratándose del incumplimiento del pago de la liquidación del auxilio de cesantía en los precisos tiempos y términos establecidos en el ordenamiento jurídico; como puede observarse se trata de una sanción y no de una prestación periódica indefinida en el tiempo, contrario a ello, la causación de la mora del empleador en la ejecución del pago tiene su origen desde la fecha en la cual define la ley como plazo máximo para efectuar el pago y hasta el momento en que se el mismo de manera efectiva al trabajador, hecho este que ratifica que no nos encontramos en presencia de una prestación periódica y en ese sentido la demanda debe ser presentada dentro de la oportunidad consagrada en la ley.

Señala el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la oportunidad en la cual se deben presentar las demandas, refiriéndose en el numeral 2°, literal d), específicamente a las de nulidad y restablecimiento del derecho, así:

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

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.”

En este orden de ideas, a partir del día siguiente a la comunicación del Oficio No. 20150170439841 del 11 de junio de 2016, es decir, desde el 17 de junio de 2015, la accionante contaba con 4 meses para presentar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, el despacho advierte que desde la fecha de notificación del acto demandado 17 de junio de 2015, hasta el momento de la solicitud de la conciliación pre judicial, conforme a la certificación emanada de la Procuraduría 85 Judicial Administrativa, en la cual se indicó que la solicitud de conciliación fue presentada el 4 de diciembre de 2015 (fls.15 a 16Vto), había transcurrido un lapso de cinco (5) meses y dieciséis (16) días, circunstancia por la cual se evidencia que dicho procedimiento se surtió a pesar de haberse configurado el fenómeno jurídico de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; hecho que no fue valorado

por el señor Procurador delegado omitiendo el análisis exigido por el ordenamiento jurídico en el Decreto 1065 de 2015 por el cual se expide el Decreto único del sector justicia y del derecho, el cual consagra que no puede adelantarse el procedimiento de conciliación extra judicial en los siguientes eventos:

“Artículo 2.2.4.3.1.1.2. Modificado Art.1 Decreto 1167 de 2016 Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- * Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- * Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

*** Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.”**

Negrillas del Despacho

No podía entonces el señor Procurador 85 Judicial I para asuntos administrativos adelantar el trámite conciliatorio puesto que el medio de control se encontraba caducado; sin embargo no se hizo reparo alguno frente a esta situación y tampoco se adoptaron las medidas conducentes para conjurar la presentación de una demanda que como ya se ha expresado ha caducado.

Adicionalmente la demanda fue presentada 25 de enero de 2017, hecho este que ratifica la presentación del medio de control fuera de la oportunidad procesal definida en la ley.

En este orden de ideas, queda plenamente demostrado que se ha configurado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y corolario de ello, es del caso rechazar la demanda, pues la misma se presentó por fuera de la oportunidad procesal que tenía la parte demandante para el efecto, y en este evento el artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone en su numeral 1º que se rechazará la demanda “cuando hubiere operado la caducidad”.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Veintiseis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Segunda,

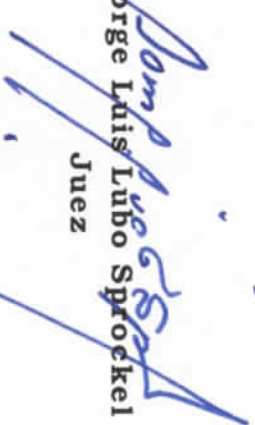
Resuelve

Primero.- Rechazar la demanda interpuesta por la señora **Carmen Stella Bejarano Marín**, en contra de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A.**, por haberse configurado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control, conforme a lo manifestado en la parte motiva.

Segundo.- Remítase copia de la presente providencia al señor Procurador 85 Judicial I para asuntos administrativos de la Procuraduría General de la Nación.

Tercero.- Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones a que haya lugar, devuélvanse a la parte demandante los anexos sin necesidad de desglose y a través de la Oficina de Apoyo procédase al archivo correspondiente.

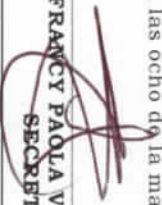
Notifíquese y cúmplase


Jorge Luis Lubo Sprockel
Juez



JUZGADO VEINTISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en **ESTADO ELECTRÓNICO** notifico a las partes la providencia anterior hoy **22 DE MAYO DE 2017**, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.)


FRANCY PAOLA VELEZ RUBIANO
SECRETARIA