



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

Bogotá D. C., dos (2) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Expediente No.	1100133350262017-00328-00
Accionante:	María Trinidad Arias Pulido
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Sociedad Fiduciaria la Previsora - Fiduprevisora S.A. -
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho

María Trinidad Arias Pulido presentó demanda de en 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 - Fiduprevisora S.A**, con el objeto de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a.** Nulidad parcial de la Resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015, por medio de la cual reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial.
- b.** Nulidad del acto ficto o presunto No. S-2016-1164 del 8 de enero de 2015 por medio de la cual niega un ajuste a una cesantía parcial.
- c.** Nulidad del acto ficto o presunto No. S-2016-173208 del 15 de noviembre de 2016, por medio de la cual niega un ajuste a una cesantía parcial.

Ahora bien, este despacho indica desde ya que rechazará la demanda sólo frente a uno de los actos administrativos enjuiciados bajo las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se acredita en el plenario que a la señora **María Trinidad Arias Pulido**, le fue reconocida el pago de una cesantía parcial, mediante Resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015, la cual le fue notificada el 28 de septiembre de 2015 (fl.6).

Que mediante petición radicada ante la Secretaria de Educación de Bogotá - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 11 de octubre de 2016 radicado E-2016-179198 y el 14 de octubre de 2016 radicado E-2016-181345, el apoderado judicial de la parte actora, solicitó a la entidad, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías parciales.

En respuesta a la petición E-2016-181345, la Secretaria de Educación de Bogotá, profirió el oficio No. S-2016-169564 del 8 de noviembre de 2016, por medio del cual remite por competencia la petición a la Fiduprevisora.

De la misma manera, en respuesta a la petición E-2016-179198, la Secretaria de Educación de Bogotá, profirió el oficio No. S-2016-173208 del 15 de noviembre de 2016, que remite por competencia la petición a la Fiduprevisora.

Cabe resaltar, que en la resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015 se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad el cual se explicará más adelante.

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.**”*

(Subrayas fuera del texto)

Al respecto, y en un caso similar, el H. Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta- Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en sentencia proferida por de fecha 20 de abril de 2015, se pronunció:

(...)

4.3.2. En el auto de 18 de septiembre de 2014 (fls. 15-18), la Magistrada tutelada una vez transcribió las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó la actora, que se reducen a que sean dejados sin efectos los oficios de 6 de febrero y 10 de marzo, mediante los cuales el Municipio de Anapoima le “...negó (...) el pago con retroactividad de sus cesantías...”, y a la solicitud de “...reconocimiento y pago (...) de sus cesantías parciales bajo el régimen de retroactividad...”, dijo textualmente: “(...) Al respecto el Despacho al examinar la demanda observa que la cuantía fue determinada en \$52,267,626 (fl. 28) y que el periodo por el cual pretende dicha suma va desde el 22 de enero de 2014 “ 4 Fecha de la petición. Folio 2.” 11 Radicación No. 11001-03-15-000-2014-02729-01 Tutelante: María Josefina Moreno Sánchez hasta el 3 de septiembre de 20145, suma que merece se realicen las siguientes consideraciones:

En este punto se observa que el artículo 157 del CPACA señala: <> A su vez el artículo 155 inciso 2º del CPACA indica: COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. (...) 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan

5 Consejo de Estado, sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007). Consejera ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05916-01-1926-051.

actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.>> Desde este punto de vista, es del caso destacar que las pretensiones de la demandante tendientes principalmente a la reliquidación de los actos que reconocen las cesantías no tiene la categoría de prestaciones periódicas⁶, razón por la cual la cuantía no debe razonarse conforme a los tres (3) últimos años anteriores a la presentación de la demanda, sino teniendo en cuenta los últimos cuatro (4) meses anteriores a la presentación de la misma. En este orden de ideas y en atención a lo señalado por el apoderado de la parte actora en el capítulo respectivo de la demanda, la cuantía se establece de la siguiente forma: Valor de las pretensiones reclamadas:.....\$52.267626. Periodo por el cual se pretende dicha suma: 7 meses, 11 días. Corresponden a: 221 días. Entonces tenemos que:\$52.267.626= \$236.505 221 Ahora al multiplicar \$236.505 por 30 días nos da un valor de 7.095.150 cifra que corresponde a un mes que multiplicado por 4 meses nos arroja una cifra de \$28.380.600 para un total de la cuantía equivalente a los últimos 4 meses anteriores a las pretensiones de la demanda. En relación con las disposiciones transcritas y teniendo en cuenta que las prestaciones de la demanda no tienen la categoría de prestaciones periódicas, se advierte que la cuantía solo asciende a la suma de \$28.380.600 motivo por el cual el presente asunto debe tramitarse en primera instancia ante los Juzgados Administrativos toda vez que para la época en que se presentó la demanda (3 de septiembre de 2014 fl. 32), la cuantía razonada por este Despacho no supera los cincuenta salarios mínimos (año 2014 - \$30.800.000), por lo que se ordena a la Secretaría de la " 5 Fecha de la presentación de la demanda. Folio 32." " 6 Ver sentencia del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2009. M.P. Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE: Exp: 08001 23-31-000-2003-02500-01 (1134 07) 'La cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria...'" 12 Radicación No. 11001-03-15-000-2014-02729-01 Tutelante: María Josefina Moreno Sánchez Sección enviar en forma inmediata las diligencias a los Jueces Administrativos a que haya lugar. (...)"

De la misma manera, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala la oportunidad en la cual se deben presentar las demandas, refiriéndose en el numeral 2º, 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 de la resolución No. la resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015, es decir, desde el 29 de septiembre de 2015, el 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 lo acto demandado, esto es, 29 de septiembre de 2015, hasta el momento de la solicitud de la conciliación pre judicial, conforme a la certificación emanada de la Procuraduría 4 Judicial II Administrativa, en la cual se indicó que la solicitud de conciliación fue presentada el 15 de diciembre de 2016 (fl.21), había transcurrido un lapso superior a 1 año, 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 la señora Procuradora delegada 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 la señora Procuradora 4 Judicial II para asuntos administrativos adelantar el trámite conciliatorio puesto que el medio de control se encontraba caducado respecto de la resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015; 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 únicamente respecto de la resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015.

Adicionalmente la demanda fue presentada el 28 de septiembre 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 respecto de la resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015, y corolario de ello, es del caso rechazar la demanda solo respecto del primer acto acusado, esto es, **resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015**, 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 1° que se rechazará la demanda “*cuando hubiere operado la caducidad*”.

Así las cosas, entra el Despacho a analizar la demanda respecto de los dos actos administrativos restantes, esto es, oficio No. S-2016-169564 del 8 de noviembre de 2016 y S-2016-173208 del 15 de noviembre de 2016, por medio de las cuales según el actor niegan el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago no oportuno de las cesantías parciales.

De los Actos Administrativos a demandar.

El actor plantea las pretensiones de la siguiente manera:

“Que se declare la nulidad de los actos administrativos fictos o presunto 08/01/2015 Radicado No. S-2016-1164, y 15/11/2016 Radicado No. S-2016 173208, emitido por la Secretaria de Educación de Bogotá Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que, niega la petición de mi poderdante, de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de mora.

*Que se declare agotada la vía gubernativa respecto de la Reclamación del reconocimiento y pago de la sanción por mora en por el pago tardío de las cesantías definitivas o parciales ante la Secretaria de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y **Fiduprevisora S.A.**”*

Conforme a lo anterior, la parte actora pretende la nulidad de actos expresos que en su consideración son actos fictos, por cuanto no resolvieron las solicitudes planteadas.

De acuerdo con lo planteado, se hace necesario estudiar la figura del silencio administrativo, con el objeto de dejar claridad sobre la configuración del mismo y la manera adecuada en la que deben ser planteadas las pretensiones de una demanda cuando se presenta esta figura.

Al respecto, la Ley 1437 de 2011, señala en su artículo 83, en qué situaciones se configura el silencio administrativo negativo:

“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.”

Es decir, el requisito indispensable para que el silencio administrativo ocurra, es **no haberse proferido una decisión que resuelva lo solicitado en una petición**, luego de transcurrido un plazo de tres meses, o más dependiendo del tiempo con que cuente la administración para dar contestación.

Precisamente el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en providencia dictada el 23 de marzo de 2017, dentro del expediente 2014-00144, explicó que *“el silencio administrativo es una figura garantista que busca que la administración pública resuelva las peticiones que en interés particular formulan los ciudadanos dentro de los términos previstos en la ley, en orden a garantizar el derecho constitucional fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, y en caso de que se deje vencer dicho plazo sin la notificación de una decisión expresa, darle al peticionario la oportunidad de acudir ante el juez si el silencio de la administración tiene efectos negativos, o de obtener lo solicitado, si ese silencio tiene efectos positivos.”*

De igual manera, la Corporación también en auto adiado 21 de abril de 2016 de la Sección Segunda, proferido por el H. C.P. Dr. ENRIQUE DE JESÚS ARZUZA MOLINARES, dentro del expediente 2013-00632, advirtió:

“1.- Actos producto del silencio administrativo negativo.

En el presente caso se observa que el derecho de petición fue interpuesto el 29 de junio de 2011, por lo cual, las reglas de procedimiento para determinar si se produjo el silencio administrativo negativo son las previstas en el Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 308 del CPACA.

Definido lo anterior, se tiene que el silencio administrativo constituye para la Administración “...el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean...”; y para el administrado, el “...mecanismo de sanción morosa...” que le garantiza el ejercicio del derecho constitucional de petición y el acceso a la administración de justicia.

En el régimen jurídico colombiano el silencio administrativo puede ser positivo o negativo, siendo este último la regla general, que nace como una ficción de carácter legal y ha sido definida en el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

(...)

De la transcripción se desprende que cuando transcurre un determinado tiempo y la Administración no manifiesta su voluntad respecto de una solicitud en particular, de forma definitiva, se presume la existencia de un acto ficto que contiene una decisión desfavorable a las pretensiones del peticionario.

Dicha decisión tiene inmersa una facultad en cabeza del administrado de i) esperar a que la administración algún día se pronuncie, ii) hacer uso de los recursos en contra del acto ficto, o iii) formular a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la demanda en contra del acto presunto.

*Visto lo anterior, se concluye que el silencio administrativo negativo es una garantía consustancial al debido proceso que debe prevalecer en toda actuación administrativa y que se erige en favor del administrado cuando la administración no emite respuesta de fondo a una petición: **por tanto, la única forma de impedir su ocurrencia es que se emita una respuesta definitiva a lo solicitado y/o se remita la petición recibida por una autoridad incompetente, al funcionario o entidad que se considera es la facultada para resolverla.**” (Negrita del despacho)*

De acuerdo a lo explicado, es claro que el silencio administrativo se configura “cuando transcurre un determinado tiempo y la Administración no manifiesta su voluntad respecto de una solicitud en particular, de forma definitiva”, y es este momento a partir del cual nace a la vida jurídica, el acto administrativo ficto o presunto, siendo esta ficción jurídica la que debe ser demandada.

Contrario a ello, no puede considerarse que un oficio que contiene alguna manifestación de la administración, sea igualmente el acto ficto o presunto a demandar, pues estos actos administrativos son excluyentes entre sí, ya que el acto expreso no permite que se de paso a la configuración del silencio administrativo y con ello al acto ficto o presunto.

De igual manera, debe tenerse en cuenta, que otra de las formas de impedir la ocurrencia del acto ficto es que “se remita la petición recibida por una autoridad incompetente, al funcionario o entidad que se considera es la facultada para resolverla”. Es decir, en este evento no se configura el acto ficto o presunto respecto de la entidad en la cual se radicó la petición, dado que al remitirse la solicitud a la autoridad competente, es esta quien tiene la obligación de expedir el acto administrativo definitivo resolviendo el fondo del asunto. Y solo en el evento que esta última entidad guarde silencio, se podría establecer la ocurrencia del silencio administrativo.

Aclarado lo anterior, las pretensiones de la demanda resultan incongruentes con la normatividad que regula el silencio administrativo, habida consideración que no es jurídicamente posible solicitar la nulidad de un acto expreso, considerando que el mismo a la vez es un acto ficto producto del silencio de la administración.

Por lo tanto, debe revisarse si en efecto existió silencio de la administración, o si por el contrario las autoridades correspondientes emitieron un pronunciamiento expreso definitivo o de trámite remitiendo por competencia a otra entidad, frente a lo pretendido en los derechos de petición, para luego de ello elevar las pretensiones que correspondan, ya sea solicitando la declaración y nulidad de un acto ficto o presunto como resultado del silencio administrativo negativo por parte de la Fiduciaria la Previsora S.A., frente a las peticiones radicadas el 11 y 14 de octubre de 2016 respectivamente y que fueran remitidas por competencia por parte de la Secretaría de Educación Distrital, o en su lugar, la nulidad de un acto administrativo expreso, mas no ambas (la nulidad del acto ficto o presunto de los oficios S-2016-169564 del 8 de noviembre de 2016 y S-2016-173208 del 15 de noviembre de 2016), pues se reitera que ello es jurídicamente imposible, ya que en el último evento no podría demandarse un acto ficto al tornarse inexistente, sino el oficio que resolvió la situación particular y concreta o viceversa.

Por lo tanto, de conformidad con lo normado en el artículo 161, numeral 2 del C.P.A.C.A., se deberá subsanar el defecto antes señalado, exponiendo de manera adecuada las pretensiones a estudiar en el presente asunto.

En ese sentido, se considera que no se cumple con la integridad de las exigencias definidas por el ordenamiento jurídico, para admitir la demanda, circunstancia por la cual **se deberá subsanar la falencia evidenciada dentro del término de ley**, so pena de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

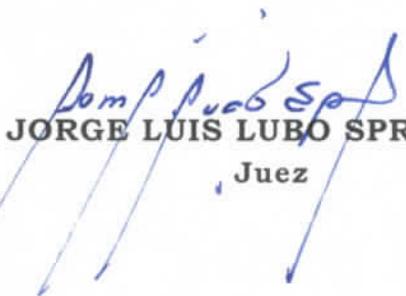
PRIMERO.- RECHAZAR LA DEMANDA interpuesta por la señora **MARÍA TRINIDAD ARIAS PULIDO**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, respecto del acto administrativo Resolución No. 5223 del 22 de septiembre de 2015, por haberse configurado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control, conforme a lo manifestado en la parte motiva.

SEGUNDO.- INADMITIR LA DEMANDA instaurada por **MARÍA TRINIDAD ARIAS PULIDO** contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, se concede a la parte demandante el término perentorio de diez (10) días, con el fin que subsane los defectos señalados en la parte motiva de este proveído, so pena de rechazarse la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 170 del C.P.A.C.A.

CUARTO.- Finalmente, es del caso señalar, que también se deberá allegar en medio magnético la subsanación que se realice en los términos indicados a lo largo de este proveído, para efectos de las notificaciones electrónicas que se deben surtir con posterioridad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE LUIS LUBO SPROCKEL
Juez

FU



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

Por anotación en **ESTADO ELECTRÓNICO** notifico a las partes
la providencia anterior hoy **5 DE FEBRERO DE 2018**,
a las ocho de la mañana (8:00 a.m.)

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. Viviana Cangrejo Silva'.

LIZZETH VIVIANA CANGREJO SILVA
SECRETARIA