



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
D.C.

Bogotá D. C., quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO: 11001-33-35-026-2017-00300-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: SANDRA SMIDT JIMÉNEZ MORENO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

ANTECEDENTES

SANDRA SMIDT JIMÉNEZ MORENO presentó demanda de en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A**, con el objeto de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

*“1. Se declare la Existencia del Silencio Administrativo Negativo, en relación con el **Derecho de Petición radicado el 7 de diciembre de 2015**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- **Secretaria de Educación de Bogotá** en el que pretendo el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006 artículo 5º, Ley 91 de 1989 y demás normas concordante y complementarias, por el pago tardío de las **Cesantías**.*

*2. Declarar que es nulo el **ACTO FICTO o PRESUNTO NEGATIVO**, resultando del Silencio Administrativo Negativo, respecto del Derecho de Petición en mención radicado ante la **Secretaria de Educación de Bogotá** que presuntamente negó el reconocimiento y pago de la Sanción Moratoria por el no pago oportuno de la (sic) **CESANTÍAS PARCIALES** de mi mandante.*

3. Subsidiariamente solicito se declare la nulidad del Oficio No. 201601700082871 del 27 de enero de 2016, emitido por la Fiduprevisora S.A.

(...)”

Mediante providencia de fecha 10 de junio de 2019¹, se formularon unas observaciones a la demanda presentada, como consecuencia de las falencias encontradas relacionadas con los presupuestos procesales de admisibilidad, en cumplimiento a lo ordenado en el art. 162 del CPACA., y las cuales fueron: **i) de los actos administrativos demandados.**

En virtud de lo anterior, el Despacho concedió el término de diez (10) días de conformidad con lo estipulado en el artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para que se subsanaran los defectos señalados, so pena de rechazo.

Esta providencia fue notificada a las partes por estado el 11 de junio de 2019, tal y como se verifica a folio 152 vto del cuaderno principal y el estado ordinario fijado en las carteleras de la página web de la Rama Judicial dispuestas para tal fin.

El apoderado judicial de la parte actora, mediante memorial radicado ante la Oficina de Apoyo Judicial el 26 de junio de 2019², presenta dentro del término legal escrito de subsanación de la demanda, en cumplimiento a lo ordenado en providencia de fecha 11 de junio de 2019.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo anterior, y revisado el expediente, este despacho observa que no es posible avocar conocimiento de la demanda presentada, teniendo en cuenta las siguientes,

i. De la solicitud de nulidad del acto ficto o presunto negativo

Se acreditó en el plenario que la parte actora radicó ante el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, petición identificado con **No. E-2015-201038 del 7 de diciembre de 2015**³.

La misma fue objeto de pronunciamiento por parte de la administración, a través de los oficios No. S-2015-176512 del 21 de diciembre de 2015 proferido por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación⁴, y 20160170082871 del 27 de enero de 2016, proferido por la Fiduprevisora S.A.⁵, tal y como se puede desprender de las pruebas documentales aportadas al plenario.

Por lo tanto, es claro que dentro del presente asunto, el Profesional del Derecho no puede solicitar en nulidad actos fictos o presuntos negativos por

¹ Folios 151-152

² Folios 153-155

³ Folio 6

⁴ Folios 7-8

⁵ Folio 12

la falta de respuesta por parte de la administración, cuando en los mismos, se está dando contestación al pedimento elevado por la actora el 7 de diciembre de 2015.

De acuerdo a lo anterior, 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 formulen 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, tal como quedó señalado en la providencia antes transcrita, 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.

Por otra parte, en un caso similar al que hoy nos ocupa y que cursó en este Despacho Judicial, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de sentencia proferida el 8 de marzo de 2018, revocó el fallo proferido por esta instancia judicial, en el cual se declaró la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto negativo, respecto de la petición radicada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 10 de octubre de 2011, y en la cual se estaba solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías⁶.

Al respecto, dicha Corporación señaló:

Las cesantías no son prestaciones periódicas, así como tampoco lo son las cuestiones accesorias a estas, tal y como lo es la sanción moratoria, sino que son

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Magistrado Ponente: Dr. Alberto Espinosa Bolaños, expediente 110013335026-2012-00325 – Dte: Elsa Judith Correal de Cruz – Ddo: Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A., – Decisión: Revoca sentencia proferida por el Juzgado 26 Administrativo de Bogotá y en su lugar dispone la caducidad del medio de control.

prestaciones unitarias a pesar de que se causen anualmente. En esa dirección tuvo oportunidad de pronunciarse el Consejo de Estado cuando señaló: *“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.”*⁴

(...)

Ahora, si bien el apoderado judicial de la demandante indica que el acto acusado es un acto ficto como quiera que su petición no fue decidida, lo cierto es que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio remitió por competencia dicha petición a la Fiduciaria la Previsora. Ello es así, toda vez que, a folio 8 del expediente la Fiduciaria la Previsora S.A. mediante oficio No. 2012EE2065 de 12 de enero de 2012, da respuesta de fondo a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria petitionada por la demandante, al expresar:

“Atentamente me permito dar respuesta a su oficio remitido a FIDUPREVISORAS.A. por la Secretaría de Educación Distrital Capital, relacionado con el pago de la referencia. Al respecto le informo:

El pago correspondiente a la Cesantía Definitiva, reconocida mediante Resolución No. 5641 expedida el 5 de septiembre de 2008 por la Secretaría de Educación a la cual pertenece el docente en referencia, se puso a disposición del mismo a partir del 2 de febrero de 2009 en el banco BBVA Colombia -471-centro de servicios calle 43-BTA.

Es importante mencionar que FIDUPREVISORA S.A. procede con los pagos prestacionales conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dicha sujeción, es la que precisamente constituye la mora en el pago de prestaciones sociales.

En este contexto, mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que

Así, es claro que la respuesta definitiva y que culminó la actuación administrativa es la brindada por la Fiduciaria la Previsora S.A. por tanto, para esta Sala resulta inadmisibles el *a quo* omitiera dicha respuesta y le diera el trámite al proceso con la existencia de un acto ficto que no en realidad no se configuró.

(...)

Por lo anterior, éste Despacho Judicial se ratifica frente a lo manifestado en el auto inadmisorio de la demanda proferido el 10 de junio de 2019, pues la parte actora no puede alegar la existencia de un acto ficto presunto o negativo originado por el silencio que guardó el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, frente a la petición radicada el 7 de diciembre de 2015, pues salta a la vista que ésta fue resuelta por la administración mediante los oficios

No. S-2015-176512 del 21 de diciembre de 2015 proferido por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación⁷, y 20160170082871 del 27 de enero de 2016, proferido por la Fiduprevisora S.A.⁸, y no resulta plausible, que el apoderado judicial de la parte actora manifieste en su escrito de subsanación, que la respuesta emitida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a un acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio administrativo por parte de la administración, razón por la cual no es procedente avocar conocimiento del presente asunto.

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.**”*⁹

(Subrayas fuera del texto)

Si bien en el presente 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 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

⁷ Folios 7-8

⁸ Folio 12

⁹ 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).

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, al momento en que se profiere un acto administrativo, reconociendo o negando un derecho, el ciudadano cuenta con un término perentorio para hacer uso de los recursos en vía gubernativa que contra el mismo procedan y de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para solicitar la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho; es por ello que la demandante 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 en que se profirieron los actos acusados, esto es, 21 de diciembre de 2015 y 27 de enero de 2016, hasta el momento de la solicitud de la conciliación pre judicial, conforme a la certificación emanada de la Procuraduría 87 Judicial I para asuntos Administrativos, en la cual se indicó que la solicitud de conciliación fue presentada el **3 de febrero de 2017** (fls.11), había transcurrido un lapso superior a **un (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 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 lo 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 87 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 audiencia de conciliación se llevó a cabo el 6 de marzo de 2017 y la demanda fue presentada solo hasta el 11 de septiembre de ese mismo año, es decir, 6 meses después de haberse realizado la audiencia de conciliación ante la Procuraduría Delegada, 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 virtud de lo anterior, el Despacho

RESUELVE



PRIMERO.-RECHAZAR LA DEMANDA interpuesta por la señora **SANDRA SMIDT JIMENEZ MORENO**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO.-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


ANDRÉS JOSÉ QUINTERO GNECCO
Juez

FV

 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 16 DE JULIO DE 2019 , a las ocho de la mañana (8:00 a.m.)  LIZZETH VIVIANA CANGREJO SILVA SECRETARIA
--