



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

Bogotá D. C., ocho (8) de abril de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO: 11001-33-35-026-2017-00352-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **MARÍA CELINA RODRÍGUEZ DE ROA**
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

ANTECEDENTES

MARÍA CELINA RODRÍGUEZ DE ROA 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:

“PRIMERO: Se declare la existencia del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en relación con la petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas formuladas por la señora **MARÍA CELINA RODRÍGUEZ DE ROA**, de fecha 16 de mayo de 2013, radicado No. E-2013-90365.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo No. S-2013-81003 de fecha 13/06/2013, por el cual La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no respondió de fondo la petición de pago de la sanción moratoria, enviándola a la Fiduprevisora por competencia.

TERCERO: Se declare la existencia del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo de la FIDUPREVISORA en relación con la petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas formuladas por la señora **MARÍA CELINA RODRÍGUEZ DE ROA**, de fecha 16/05/2013, radicado 2013ER00103070.

CUARTO: *Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo No. 2013EE00053508 de fecha 12/06/2013, por el cual LA FIDUPREVISORA negó la solicitud de pago de la sanción moratoria, aduciendo o ser la competente para expedir actos administrativos."*

Mediante providencia de fecha 24 de noviembre de 2017¹, 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) solicitud de nulidad de un acto expreso, considerando que el mismo a la vez es un acto ficto producto del silencio de la administración.***

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 27 de noviembre de 2017, tal y como se verifica a folio 37 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 12 de diciembre de 2017², presenta dentro del término legal escrito de subsanación de la demanda, en cumplimiento a lo ordenado en providencia de fecha 24 de noviembre de 2017.

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 la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, petición bajo el número **2013ER00103070 del 16 de mayo de 2013**³, y ante el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, radicó petición identificado con **No. E-2013-90365 del 16 de mayo de 2013**⁴. Sin embargo, las mismas fueron objeto de pronunciamiento por parte de la administración, a través de los oficios No. 2013EE00053508 del 12 de junio de 2013 proferido por la Fiduprevisora⁵, y

¹ Folios 34-37

² Folios 40-42

³ Folios 8-11

⁴ Folios 13-16

⁵ Folios 6-7

S-2013-81003 del 13 de junio de 2013⁶, 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 la falta de respuesta por parte de la administración, cuando en los mismos, se está dando contestación a los pedimentos elevados por la actora el 16 de mayo de 2013.

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*

⁶ Folio 12

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 lo tanto, éste Despacho Judicial se ratifica frente a lo manifestado en el auto inadmisorio de la demanda proferido el 24 de noviembre de 2017, pues la parte actora no puede alegar la existencia de un acto ficto presunto o negativo originado por el silencio que guardó la Fiduciaria la Previsora S.A., y el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, frente a las peticiones radicadas el 16 de mayo de 2013, pues salta a la vista que éstas fueron resueltas por la administración mediante oficios No. 2013EE00053508 del 12 de junio de 2013 proferido por la Fiduprevisora⁷, y S-2013-81003 del 13 de junio de 2013⁸, 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

⁷ Folios 6-7

⁸ Folio 12

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 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

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).

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, 12 y 13 de junio de 2013, hasta el momento de la solicitud de la conciliación pre judicial, conforme a la certificación emanada de la Procuraduría Tercera Judicial II para asuntos Administrativos, en la cual se indicó que la solicitud de conciliación fue presentada el **14 de agosto de 2017** (fls.5 y 5 vto), había transcurrido un lapso superior a **cuatro (4) años**, 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 Tercero Judicial II 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 el 23 de octubre 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 virtud de lo anterior, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO.-RECHAZAR LA DEMANDA interpuesta por la señora **MARÍA CELINA RODRÍGUEZ DE ROA**, 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



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 **9 DE ABRIL DE 2019**,
a las ocho de la mañana (8:00 a.m.)


LIZZETH VIVIANA CANGREJO SILVA
SECRETARIA

