



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 27 de julio de 2016

Proceso No: 25000234200020140217701 (5021 – 2015)
Demandante: José del Carmen Vija Castañeda
Demandada: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Tema: Ley 1437 de 2011
Asunto: Sanción moratoria. Cuando se cuestiona la legalidad de la decisión proferida por la administración que niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, su conocimiento es atribuible a esta jurisdicción.

Apelación de auto

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de fecha 20 de enero de 2016, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha 6 de octubre de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección “A” mediante el cual, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda frente a la pretensión de nulidad del oficio No S2013-131769 del 3 de octubre de 2013 y por indebida



acumulación de pretensiones, dando por terminado el proceso respecto de la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías y continuándolo respecto de la cesantías retroactivas reclamadas.

ANTECEDENTES

El señor José del Carmen Vija Castañeda presenta demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en la Ley 1437 de 2011 contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá, a fin de controvertir la legalidad del oficio No S-2013-131769 del 3 de octubre de 2013, a través del cual, le fue negado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, junto con lo establecido en la Ley 344 de 1996 para la liquidación de las cesantías con retroactividad acorde al último salario devengado.

De igual manera, solicitó se declarase la nulidad del oficio No 2013EE00108028 del 26 de noviembre de 2013, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante el cual, niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Como consecuencia de la nulidad solicitada, pretende se restablezca su derecho ordenándose el reconocimiento de las cesantías con retroactividad y la sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación.



II. EL AUTO OBJETO DE LA APELACION.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección “B”, mediante auto de fecha 6 de octubre de 2015, resolvió declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda frente a la pretensión de nulidad del oficio No S-2013-137169 del 3 de octubre de 2013, al estimar que el mismo no es un acto administrativo susceptible de ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que el referido oficio solamente se limita a comunicarle al demandante que la petición no podía ser atendida y sería remitida a otra entidad.

De la misma manera, a través del susodicho auto, la corporación en comento declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, dándose por terminado el proceso respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, al considerar que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral mientras que el reconocimiento y pago de las cesantías en forma retroactiva si es de competencia de esta jurisdicción.

III. EL RECURSO DE APELACION.

El apoderado sustituto de la parte demandante, interpone recurso de apelación contra el auto de fecha 6 de octubre de 2015, para lo cual, arguye



que en reciente pronunciamiento de la Sección Segunda de esta Corporación se señaló que si bien el acto administrativo mediante el cual reconoce las cesantías pero que después se expiden actos que no reconocen el pago de las mismas no deben ser tramitados por la jurisdicción laboral, por cuanto que, tendría que señalar expresamente dicha decisión la entidad que adeuda la obligación.

Sostuvo que cuando se remite la demanda a la jurisdicción ordinaria laboral para que se inicie el proceso ejecutivo, es porque ya está constituido el deudor, es decir, que la entidad estatal ha aceptado mediante acto administrativo no haber cancelado en forma oportuna las cesantías y teniendo en cuenta que el título ejecutivo debe ser claro, expreso y exigible, en ese sentido los jueces laborales señalan que la obligación no es clara, al no admitir la administración la existencia de un pago extemporáneo de las cesantías y, segundo lugar, no se tienen las fechas y valores de la obligación, por lo que, no existe un título ejecutivo en los actos acusados y por tanto, debe ser de conocimiento de esta jurisdicción.

IV. CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir la procedencia de la alzada interpuesta, conforme lo previsto en el inciso final del numeral 6 del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, formulada dentro de la oportunidad prevista por el numeral 2º del artículo 244 *ibídem*, con la debida sustentación; además, es el Despacho competente



para decidir de plano el recurso, en acatamiento a lo previsto por el artículo 125 *ejúsdem*.

4.1. Problema Jurídico

En el caso bajo estudio, se suscitan dos problemas jurídicos a resolver: en primer lugar, corresponde al Despacho establecer si el oficio No S-2013-137169 de fecha 3 de octubre de 2013, contiene una decisión de fondo de la administración susceptible de ser enjuiciada ante esta jurisdicción.

En segundo orden, deberá el Despacho determinar si cuando se acusa la decisión proferida por la administración que deniega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral o si por el contrario, es atribuible a esta jurisdicción.

Resuelto lo anterior, se hace necesario definir si se presenta una indebida acumulación de pretensiones al solicitarse por una parte, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y, por otra, el reconocimiento de las cesantías pero con retroactividad.

Antes de adentrarnos en el análisis de la situación que es objeto de impugnación, se considera pertinente abordar el estudio acerca de los actos administrativos susceptibles de enjuiciamiento y la postura jurisprudencial que sobre el particular existe. Posteriormente, se analizará lo relacionado con la competencia a cargo de esta jurisdicción para conocer de la controversia respecto de la decisión proferida por la administración que niega el



reconocimiento y pago de la sanción moratoria. Por último, se resolverá el caso en concreto.

4.2. Del acto administrativo susceptible de control de legalidad.

Los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011 -, son aquellos *“que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que las decisiones de la administración producto de la terminación de un procedimiento administrativo, o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, siempre que afecten derechos o intereses, impongan cargas, obligaciones o sanciones o incidan en situaciones jurídicas, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En ese orden, se entienden como actos administrativos, aquellas decisiones unilaterales de la administración, encaminadas a producir efectos jurídicos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica, lo que constituye una de las formas como se expresa la actividad de la administración y en consecuencia, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.



Por regla general, tales actos son susceptibles de control de legalidad a través de los medios de control establecidos en los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, dependiendo de la naturaleza que tengan y sobre ellos, el Consejo de Estado¹ en relación con el acto administrativo ha sostenido:

“(…) de manera reiterada y uniforme que los actos administrativos son manifestaciones de voluntad proferidos unilateralmente por la administración que tienen la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de distinto orden y que ordinariamente están revestidos por formas tradicionales - como decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc. En ocasiones la administración omite la formulación tradicional enunciada y se expresa a través de oficios, memorandos, circulares, conceptos, etc., formas que de manera corriente no se utilizan para proferir actos administrativos. La circunstancia anotada suscita dudas acerca de si los oficios, memorandos, circulares o conceptos anotados contienen o no actos administrativos. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que cuando dichos documentos expresan una manifestación unilateral de voluntad de la administración con la aptitud de producir efectos jurídicos se está en presencia de un acto administrativo y que, en caso contrario, se debe reconocer la inexistencia del acto y, en consecuencia, la ausencia de un objeto sobre el cual pueda recaer pronunciamiento judicial alguno de legalidad.

Así mismo, la referida Corporación ha señalado frente a los actos administrativos acusables ante esta jurisdicción² lo siguiente:

“(…) 1. La Sala, en anteriores ocasiones, ha manifestado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 11001-03-27-000-2003-00071-01 Actor: CESAR CAMILO CERMEÑO CRISTANCHO Demandado: BANCO DE LA REPUBLICA Referencia: ACCION DE NULIDAD.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ. Demandante: Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid. Demandado: D.I.A.N. 1º de octubre de 2014. Expediente 2073439. 11001-03-27-000-2014-00037-00 (21143)



Ley 1437 de 2011 -, son aquellos “que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación” [...] Un acto administrativo definitivo, para los efectos de esta decisión, es aquel que contiene la declaración de voluntad, dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos; en otras palabras, que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas particulares y concretas.

En conclusión, el acto administrativo es la manifestación de la voluntad de la administración con la cual se crea, modifica o extingue una situación jurídica de distinto orden. Ahora bien, ellos pueden mostrarse de formas tradicionales como decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos. También puede ocurrir que la administración omita la formulación tradicional enunciada y se exprese a través de oficios, memorandos, circulares, conceptos y lo importante, es que para ser considerados actos administrativos deben contener esa manifestación de voluntad de la administración que crea, modifica o extingue una relación jurídica concreta.

Como quiera que el comportamiento de la administración para manifestar su voluntad no siempre ha sido la que la ley establece formalmente, es decir, no manifiesta de manera clara y precisa su voluntad, dejando al administrado en determinadas circunstancias en la dificultad de establecer si está frente a un acto definitivo o no, motivo por el que, la Ley 1437 de 2011 esclareció el asunto al determinar que “son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”, tal como figura en el artículo 43 de la citada normatividad, todo ello orientado a no dejar a la persona natural o jurídica sin una solución que le permita acudir a la jurisdicción para que lleve a cabo el control de legalidad del mismo.



En ese sentido, los actos definitivos ponen fin de manera perentoria a la actuación administrativa, de modo que en ellos se agota la actividad de la administración, o tan sólo queda pendiente la ejecución de lo decidido.

Ahora bien, es cierto que los únicos actos susceptibles de la acción contenciosa administrativa son los actos definitivos, es decir, que se excluyen los de trámite, pues éstos se controlan jurisdiccionalmente como parte integrante del acto definitivo. No obstante, el que un acto sea definitivo, no depende siempre de hallarse situado en el final del trámite, pues puede ser que cierre un ciclo autónomo de la actuación administrativa claramente definido y que como tal pueda ser impugnado mediante el medio de control específico.

Efectuadas las anteriores precisiones en relación con la definición de acto definitivo susceptible de control de legalidad, se procederá en el acápite de caso en concreto, al análisis del oficio No S-2013-137169 proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá, como quiera que el *a quo* consideró que el mismo no era un acto enjuiciable al no contener una decisión unilateral de la administración que resolviera de fondo la petición.

4.3. La controversia respecto de la decisión proferida por la administración que deniega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, es de conocimiento o competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.



Esta Corporación en decisión adoptada por la Sala Plena³ de lo Contencioso Administrativo de fecha 27 de marzo de 2007, analizó las diversas situaciones que se pueden presentar sobre la solicitud, reconocimiento y pago de las cesantías que hace un servidor público a la administración y en la que definió lo siguiente:

“(…)

“La Ley 244 de 1995, textualmente establece:

(…)

Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

En este caso puede ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. La reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. La reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. La reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. La reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

³ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ). Demandante: JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.



En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2.

En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación.

Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para “la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.”

También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna.

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo.⁴ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, radicado No. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.



Conforme a esta sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer el asunto relacionado con el pago de la sanción moratoria, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo salvo que el empleado tenga en su poder tanto el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y el que le reconoce la indemnización moratoria, pues, de no ser así, se debe dirigir a la administración para provocar la decisión de ésta referida al reconocimiento o no de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, según lo dispuestos por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

Para que haya certeza sobre la obligación no basta que la ley disponga el pago de la sanción moratoria, ya que ella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas pero no el título ejecutivo, el cual se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. Por tanto, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria reclamada y de esa manera, adquirir un título que pueda ser ejecutado ante la jurisdicción ordinaria laboral, o en su defecto, recibir una negativa de la administración frente al pretendido derecho reclamado, decisión que será susceptible de cuestionarse en su legalidad ante esta jurisdicción.

Acorde con lo mencionado, esta Subsección ha sostenido lo siguiente:

“(…)



En este orden de ideas decir que el conocimiento del presente asunto es de la Justicia Ordinaria Laboral con el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías que junto con la Ley 244 de 1994 conforma un título ejecutivo complejo que se debe ejecutar ante citada jurisdicción, no corresponde a un entendimiento real y efectivo de la jurisdicción y de las competencias señaladas en la ley para conocer y decidir los diferentes asuntos propuestos por los administrados.

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado. (...)⁵ (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

En consonancia con la postura asumida por esta Corporación, es importante indicar que el Consejo Superior de la Judicatura al resolver un conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá y el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, señaló lo siguiente:

“(...)

En este orden de ideas, por la materia o naturaleza del asunto, teniendo como presupuesto que la demanda propuesta por la actora, lo es en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en procura de obtener, según las pretensiones, la declaratoria de nulidad del acto ficto derivado del silencio administrativo, frente a la petición incoada por la demandante el 24 de agosto de 2012, que negó el pago de la sanción moratoria y en consecuencia obtener el

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Auto de 16 de Julio de 2015, radicado No. 150012333000 201300480 02 (1447-2015), Actor: Rosa María Rodríguez Obando, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

reconocimiento y cancelación de la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución No. 2888 del 7 de junio de 2011, más los intereses de dicha suma, le corresponderá conocerlo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa tal como lo previó la norma precitada, como habrá de declararlo la Sala, adscribiendo al **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**.

Además debe señalarse que las pretensiones de la demandante están encaminadas a que dicha jurisdicción declare nulo un acto ficto derivado del silencio de la administración pública y que como consecuencia de dicha declaración se ordene el resarcimiento de los derechos con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, es decir, en concordancia con la naturaleza declarativa del proceso contencioso administrativo. (...)”⁶

Así las cosas, es pertinente precisar que cuando se encuentre en discusión el derecho a recibir el pago de la sanción moratoria por la cancelación inoportuna del auxilio de cesantías, la vía judicial idónea para reclamar el derecho a recibir el emolumento pretendido es la nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control atribuido al conocimiento de esta jurisdicción.

4.4. Del caso en concreto.

i. De la naturaleza del acto administrativo demandado y su condición de ser enjuiciable ante esta jurisdicción.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda frente a la pretensión de nulidad del oficio No S-2013-137169 del 3 de octubre de 2013,

⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Auto de 16 de Julio de 2014, radicado No. 11001010200020140149400, M.P. Angelino Lizcano Rivera.



al estimar que el mismo no es un acto administrativo susceptible de ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que el prenombrado oficio solamente se limita a comunicarle al demandante que la petición no podía ser atendida y sería remitida a otra entidad.

Al examinar el aludido oficio⁷, se observa que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Bogotá, manifestó lo siguiente:

“ (...) se colige que dado que la Secretaria de Educación Distrital actuó conforme a derecho, no se le puede endilgar una responsabilidad, ya que no es sujeto activo toda vez que se reitera, nuestra competencia finaliza al enviar los soportes de pago a la Fiduprevisora S.A. entidad encargada o responsable de pagar la respectiva prestación y en caso de mora en los mimos, la Ley 1071 de 2006 establece que éstos serán pagados de los recursos de la entidad pagadora, mas no de los recursos que administra.

Por tal motivo, le informamos que la Resolución por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial, fue remitida a la entidad encargada de administrar los recursos en este caso la Fiduprevisora S.A., motivo por el cual, la respuesta de fondo deberá ser emitida por esta, para lo cual de conformidad con el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, su solicitud será remitida a dicha entidad.

Del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la competencia de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

⁷ Ver a folio 21 del expedinete.



El legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes⁸. Así se observa en el artículo 5 ibídem.

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la citada norma, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevada a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, el 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

En punto del manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 3 de la Ley 91 de 1989,

⁸ “ARTÍCULO 5o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.”.



dispuso que para tal efecto el Gobierno Nacional suscribiría un contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta la cual se encargaría de su administración. Así se observa en el citado artículo 3 que prevé:

“El Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto 1775 de 3 de agosto de 1990, artículos 5 a 8, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y precisó, en relación con el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, que las mismas debían ser radicadas ante la Oficina de Prestaciones Sociales del respectivo Fondo Educativo Regional, quien procedería a realizar el estudio de la documentación, con el visto bueno de la entidad fiduciaria, para luego expedir la correspondiente resolución de reconocimiento.

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56⁹ de la Ley 962 de 2005, dispuso que las

⁹ **ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de



prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual en todo caso debía ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, los cuales a la letra señalan:

“Artículo 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de

Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.



tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°.Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°.Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”.



Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas, las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normativa vigente¹⁰.

No obstante lo anterior y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación pretendida por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

¹⁰ En este mismo sentido pueden verse las sentencias de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008 y 14 de febrero de 2013. Rad. 1048-2012. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.



Para el Despacho, la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar¹¹ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba.

Sin embargo, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que **“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”**

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de prestaciones sociales del magisterio, se tiene que es ésta una competencia dada al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías del actor, no es de recibo que

¹¹ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: *“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”*



la respuesta a la petición formulada por el actor en la que solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías sea a cargo de la Fiduprevisora S.A. sino del Fondo, motivo por el que no debió remitirse la solicitud a la prenombrada sociedad para que diera respuesta de fondo a lo solicitado por el accionante, por lo que, sin duda el oficio No S-2013-137169 emitido Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá es un acto administrativo proferido unilateralmente por la administración, a través del cual, la entidad peticionada evade el deber de pronunciarse respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida por el actor, bajo la justificación que la respuesta de fondo debía ser dada por la sociedad fiduciaria, cuando en realidad tal atribución no es de su competencia como quedó ilustrado en precedencia.

ii. De la jurisdicción llamada a conocer la controversia que se suscita cuando la administración deniega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Teniendo claro que el oficio No S-2013-137169 emitido Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá es un verdadero acto administrativo susceptible de ser enjuiciado ante esta jurisdicción, procede el Despacho a resolver el segundo problema jurídico planteado, consistente en establecer si cuando se acusa la decisión proferida por la administración que deniega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la acusación de



legalidad que se alegue sobre el mismo es de conocimiento o competencia de la jurisdicción ordinaria laboral o si por el contrario, es atribuible a esta jurisdicción.

Al descender al caso bajo estudio, se tiene que el *a quo* estimó en el proveído recurrido que “la sanción moratoria por el no pago de las cesantías es de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y, de otro lado, el reconocimiento y pago de las cesantías en forma retroactiva es de competencia de esta Jurisdicción...¹²”

Al respecto, se observa que en el escrito petitorio presentado por el señor José del Carmen Vija Castañeda, solicita como pretensión que se “ordene el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de la cesantía establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006”, y que se “ordene liquidar y pagar la cesantía con RETROACTIVIDAD acorde con el último salario devengado en aplicación a lo establecido en la Ley 344 de 1996¹³”.

De igual manera, en el acápite de pretensiones de la demanda, invocó a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio regional Bogotá, reconocer y pagar el valor de la sanción por mora en el pago de las cesantías y la retroactividad de la misma¹⁴.

¹² Ver oficio que reposa a folio 21 del expediente.

¹³ Ver petición que obra a folio 19 y 20 del cuaderno principal.

¹⁴ Ver acápite de pretensiones a folio 43 del expediente.



Lo anterior deja en evidencia que lo pretendido por el accionante es cuestionar la legalidad del acto por medio del cual, no le fue reconocida la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales que le fueron reconocidas mediante Resolución No 1756 del 29 de febrero de 2008 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá.

Siendo así las cosas y atendiendo el derrotero jurisprudencial que sobre el asunto ha fijado esta Sección¹⁵, reitera el Despacho que cuando se encuentra en discusión el derecho a recibir el pago de la sanción moratoria por la cancelación inoportuna del auxilio de cesantías, la vía judicial idónea para reclamar el derecho a recibir el emolumento pretendido es la nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control atribuido al conocimiento de esta jurisdicción.

Pues bien, observa el Despacho que para el caso bajo estudio, el demandante fue diáfano en solicitar a la administración el reconocimiento y pago de la sanción por mora, que a su juicio, se generó por el pago tardío del auxilio cesantías parciales que le había sido reconocida a través de la Resolución No 1756 de febrero 29 de 2008.

Idéntica pretensión formuló en la demanda, como consecuencia de la nulidad que se declarase respecto del oficio acusado que niega el reconocimiento y pago de la pluricitada sanción por mora, de tal suerte que, la controversia

¹⁵ Ver numeral 4.3. del presente proveído.



gira en torno al derecho que tiene el actor a recibir el pago de la sanción moratoria por la cancelación inoportuna del auxilio de cesantías, por lo que, al existir una decisión de la administración que niega el reconocimiento y pago de lo pretendido, la vía judicial idónea para controvertir la legalidad de lo manifestado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el contencioso subjetivo de nulidad, medio de control a cargo de esta jurisdicción y no de la ordinaria laboral.

Lo anterior descarta o difumina la indebida acumulación de pretensiones declarada por el *a quo*, como quiera que tanto la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, como la aspiración que tiene el demandante de reconocimiento de las cesantías retroactivas, son de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Conforme lo expuesto, habrá de revocar el numeral 1 del auto de fecha 6 de octubre de 2015, por medio del cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección “A” declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda respecto del oficio No S-2013-137169 del 3 de octubre de 2013, por cuanto que el mismo constituye un verdadero acto administrativo, de acuerdo a lo esgrimido en precedencia. Así mismo, se revocará el numeral 2 del proveído mencionado, que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, al dejarse claro que cuando se cuestiona la legalidad del acto administrativo que niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, dicha controversia es de conocimiento de la



jurisdicción contenciosa administrativa, no existiendo indebida acumulación de pretensiones cuando por parte del actor aspira a obtener de un lado, el reconocimiento de las cesantías con retroactividad y, de otro, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo del auxilio de cesantías que le fue reconocido mediante Resolución No 1756 de 2008.

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el numeral 1 de la parte resolutive del auto de fecha 6 de octubre de 2015, por medio del cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección “A” declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda respecto del oficio No S-2013-137169 del 3 de octubre de 2013, en consecuencia, tener como acto acusado el oficio S 2013-137169 del 3 de octubre de 2013, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO.- REVOCAR el numeral 2 del proveído mencionado, que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y en su lugar, declarar que esta jurisdicción es competente para conocer de la decisión respecto de la cual, se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.



TERCERO.- De conformidad con lo resuelto en los ordinales anteriores, dar alcance a los mismos en la audiencia inicial a fin de garantizar el debido proceso respecto de la fijación del litigio y el componente probatorio a que haya lugar.

Devuélvase el proceso al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera