

13001-23-33-000-2018-00827-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2018-00827-00
Demandante	FREDYS ALBERTO TORDECILLA JIMÉNEZ frederickprince@gmail.com elevinpacheco@gmail.com —
Demandados	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS rugerochica@hotmail.com
Tema	INTERESES DE CESANTÍAS - INDEMNIZACIÓN MORATORIA
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor FREDYS ALBERTO TORDECILLA JIMÉNEZ, bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA¹.

3.1.1. Hechos relevantes planteados por la accionante.

¹ Folios 1-9 cdr.1

13001-23-33-000-2018-00827-00

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, se vinculó como docente del sector oficial del Magisterio del Distrito Especial de Cartagena de Indias, el día 04 de abril del año 2011, mediante Decreto No. 0411 de la misma anualidad, en periodo de prueba y seguidamente fue vinculado en propiedad según el Decreto No. 1206 del día 08 de agosto del año 2012, posesionándose el día 04 de septiembre de 2012 según diligencia de posesión No. 501.
- El actor manifiesta que ha laborado como docente de tiempo completo en el Magisterio del Distrito de Cartagena, y desde ese momento la entidad demandada le hace los descuentos de ley para la cotización de sus aportes de cesantías y demás prestaciones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, alega que la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena no ha consignado los aportes de cesantías ni el pago de intereses, desde el primer año de vinculación hasta la presente, lo cual significa que se adeuda desde el día 04 de Abril de 2011, fecha de su vinculación.
- El demandante viene solicitando de manera reiterada, el pago de sus intereses de cesantías y consignación de sus aportes de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El Ministerio de Educación Nacional, entidad donde presentó una reclamación Administrativa, mediante Oficio de fecha 27 de junio de 2017, contestó, indicando que se le dio traslado a la petición del señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, para que de acuerdo a su competencia se sirviera dar respuesta de fondo a la solicitud.
- El accionante, en fecha 04 de junio de 2017, de igual forma presentó la solicitud ante la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El día 8 de octubre de 2018, se radicó solicitud de conciliación judicial ante la Procuraduría Judicial Delegada ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, y el día 10 de diciembre de la misma anualidad se llevó a cabo la audiencia, declarándose fallida por no existir ánimo conciliatorio entre las partes.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a:

13001-23-33-000-2018-00827-00

- (i) Que se declare el Silencio Administrativo Negativo, por haber transcurrido más de tres meses, contados a partir de la radicación de la reclamación Administrativa realizada por la parte demandante.
- (ii) Que se declare nula la decisión negativa, provocada por el Secretario de Educación Distrital de Cartagena, en representación de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al omitir contestar la reclamación Administrativa radicada el día 04 de junio de 2017, y que produjo la ocurrencia del Silencio Administrativo Negativo.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que:

- (i) Se ordene a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; consignar tanto los aportes como los respectivos intereses de cesantías Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y pagar al accionante la Indemnización Moratoria, por no haber consignado los aportes ni los intereses de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el momento de su vinculación a la entidad.
- (ii) Se ordene al Ministerio de Educación Nacional a través de la Secretaría Distrital de Cartagena consignar al accionante los aportes e intereses de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el día de su vinculación, abril 04 de 2011.
- (iii) Se ordene al Ministerio de Educación Nacional a través de la Secretaría Distrital de Cartagena, al pago de dineros que asciende a DOSCIENTOS SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHENTA Y DOS PESOS (\$206.874.082) como indemnización moratoria al docente.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: 13, 48 y 83 de la Constitución Política; Artículo 3, 82, 85, 135-139 y 206 del CPACA.

Considera el accionante, que debe declararse el silencio administrativo negativo porque han transcurrido más de tres meses, contando a partir de

13001-23-33-000-2018-00827-00

la radicación de la reclamación administrativa solicitada. Además, indica, que debe ordenarse a las entidades accionadas, consignar tanto los aportes como los respectivos intereses de cesantías, puesto que, en todo el tiempo que ha venido desarrollando su cargo de docente oficial a tiempo completo, desde abril del año 2011, no se han consignado dichas sumas a su favor.

Teniendo en cuenta lo anterior, arguye que se constituyen los presupuestos para que el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez reciba una indemnización moratoria, por la omisión de la consignación de los aportes e intereses de cesantías al Fondo administrador correspondiente, pues afirma, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se debe ejercer no solo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también en defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición de un acto administrativo, que violenta por omisión e irresponsabilidad del ente patronal, el derecho a la **seguridad social** del demandante.

Manifiesta, que dicha acción solo puede ser ejercida por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto, como ocurre en el proceso de marras; y para su ejercicio se requiere del agotamiento previo de la vía gubernativa, a través de los recursos procedentes ante la administración, requisito que afirma haber cumplido la parte actora.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.2.1. Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fomag.²

La entidad considera que no es procedente la demanda, en consecuencia, se opone en principio a la declaratoria de configuración de los presuntos actos fictos, por cuanto el acervo probatorio anejado con el escrito contentivo de la demanda, se depende que las solicitudes referidas por la parte accionante, no son más que un intento por revivir términos, por tanto, las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Al respecto, formuló las siguientes excepciones:

➤ *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:*

² Folios 102-112 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

La entidad accionada, precisa que carece de legitimación por cuanto no tiene competencia alguna frente a todo lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, aclarando que para el presente caso en concreto se configuraría la excepción propuesta porque al Fondo Nacional para las Prestaciones Sociales del Magisterio, no le asiste ninguna obligación por cuanto no es sujeto susceptible de obligaciones ni derechos.

➤ *INEPTA DEMANDA*

Manifiesta que, en el presente caso, se incumplieron requisitos de ley, al no presentar prueba que evidenciara que la administración no dio respuesta en el término correspondiente, ya que como se desprende del fallo en sede de tutela, sí hubo respuesta a la solicitud radicada el día 14 de mayo de 2013 ante la entidad territorial.

➤ *PRESCRIPCIÓN*

El Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fomag alegan, que a todas luces, se configuró la prescripción en el presente caso, toda vez que el docente acudió a su entidad nominadora a fin de solicitar el pago de los intereses de sus cesantías, el día 14 de mayo de 2013; por lo que considera que es a partir de esta fecha que se debe comenzar a contabilizar los términos de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, mismos que según argumenta la accionada, vencieron el día 14 de mayo de 2016.

- *DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA*
- *IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN*
- *INNOMINADA O GENÉRICA*

3.2.2. Contestación de la demanda presentada por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.³

Manifiesta, mediante escrito de contestación, que se opone a todas y cada una de las pretensiones, además, es importante señalar que al realizar una lectura de los hechos y pretensiones de la demanda, no se encuentra en una situación fáctica y jurídica que permita inferir que la cartera Ministerial,

³ Folios 113-124 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

deba concurrir al presente proceso para pronunciarse sobre las circunstancias que sustentan el medio de control impetrado.

Al respecto, formuló las siguientes excepciones:

- *FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.*

La entidad considera que es preciso señalar que los actos administrativos demandados no fueron expedidos por dicha cartera, además no tuvo injerencia alguna en la producción de los hechos que dieron origen a la demanda, legalmente no puede negar presuntos derechos derivados de una relación laboral entre el demandante y su entidad empleadora.

Además de lo anterior, el Ministerio advierte, que no fue parte ni tuvo relación entre el empleado (demandante) y el empleador en razón de la expedición del acto administrativo demandado, explicando que ni siquiera fueron llamados a la convocatoria de conciliación prejudicial que se surtió en la Procuraduría de la competencia, y que el mismo accionante aportó al cuerpo de la demanda, situación que a su juicio es factor de nulidad en el trámite en el presente medio de control.

- *INEPTA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA FRENTE A ESTE MINISTERIO*

En los anexos de la demanda, se aportó constancia de agotamiento de requisito de procedibilidad ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos en la ciudad de Cartagena; sin embargo, no figura en dicha constancia la convocatoria a este Ministerio por parte del interesado, así como cualquier intervención de esta entidad en la audiencia del 10 de diciembre de 2018, afirmando, que lo anterior significa que no fueron llamados a tal etapa procesal y por ende, la vinculación hecha por el accionante en sede Judicial se torna nula.

- *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ALGUNA DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO POR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA*
- *IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN FRENTE AL MINISTERIO DE HACIENDA AL NO EXISTIR ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR ESTA CARTERA*
- *INEXISTENCIA DE RELACIÓN CON EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*

13001-23-33-000-2018-00827-00

- *IMPROCEDENCIA DE LA CONDICIÓN DE LITISCONSORTE POR PASIVA PARA EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*
- *INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD O DE VÍNCULO ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*
- *EXCEPCIÓN GENÉRICA*

3.2.3. Contestación presentada por el Distrito de Cartagena.⁴

La entidad se opone a todas las pretensiones de la demanda, debido a que el personal docente goza de un régimen especial que no previó una sanción por el pago tardío de las cesantías y menos aún que éste sea equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por lo que la pretensión del demandante carece de fundamento jurídico. Propone las siguientes excepciones:

- *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL DISTRITO DE CARTAGENA*
- *FALTA DE CAUSA PARA PEDIR*

3.3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Dentro del proceso en referencia, fue presentada la demanda el día 18 de diciembre de 2018 según acta única de reparto de la misma fecha. Siendo admitida a través del Auto Interlocutorio No. 191/2019⁵; y por medio de Auto No. 242/2020⁶ del 08 de septiembre de 2020, se incorporan como pruebas documentales las aportadas en la demanda y en la contestación de la misma.

Además, se dispuso que al tratarse de un asunto de puro derecho existe cabida a la posibilidad de dictar sentencia anticipada, razón por la cual se corrió traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 del 2011, y la sentencia se proferirá por escrito.

⁴ Folios 146-152 cdr 1

⁵ Folios 94-96 cdr 1

⁶ Folios 181-182 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

3.4. ALEGACIONES.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 806 del año 2020, en concordancia con el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se ordenó a las partes la presentación por escrito de alegatos de conclusión:

La parte demandante⁷, presentó alegatos de conclusión.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁸, presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA, en esos términos y comoquiera que no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del CPACA numeral 2, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer en primera instancia, de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La cuantía se determinó por el valor de la pretensión mayor, al momento de la presentación de la demanda (Art. 157 del CPACA), la cual para el caso en referencia, es la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$45.250.227.00) que

⁷ Folios 188 cdr. 1

⁸ Folios 190-192 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

corresponde a la sanción moratoria de los tres (3) últimos años teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante que era \$1.224.009.00; suma que es superior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presentación de la demanda, por consiguiente es competente este Tribunal por el factor cuantía.

Adicionalmente, tiene competencia esta Corporación por el factor territorial para conocer del presente asunto, porque el último lugar en el cual prestó sus servicios el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, fue la ciudad de Cartagena de Indias.

5.2. EXCEPCIONES PREVIAS

Sea lo primero aclarar, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, las excepciones deben resolverse de forma previa y deben ser tramitadas y decididas en los términos de los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Lo cierto es que, en el presente asunto, se formularon excepciones y el Despacho de conocimiento, mediante Auto interlocutorio No. 277/2020 de fecha 23 de septiembre de 2020, decidió correr traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, y que se diera la posibilidad de dictar sentencia anticipada por tratarse de un asunto de puro derecho, donde no era necesaria la práctica de otras pruebas;⁹ sin decidir previamente acerca de las excepciones formuladas.

La anterior decisión no fue recurrida por ninguna de las partes, quedando por tanto saneado, y comoquiera que se encuentra integrada la Sala de Decisión, se resolverán de forma previa al presente asunto.

Procederá entonces esta Corporación, a resolver las excepciones previas presentadas por las entidades accionadas, así:

5.2.1. De la legitimación en la causa.

La legitimación en la causa, sea por activa o por pasiva, es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte. Es una facultad que le asiste a una persona, sea natural o jurídica, para ostentar dicha calidad y;

⁹ Decreto Legislativo 806 de 2020, art. 3

13001-23-33-000-2018-00827-00

por ende, formular unas pretensiones atinentes a hacer valer un derecho subjetivo sustancial o contradecirlas y oponerse a ellas.

El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A., prevé las excepciones previas como medios de defensa del accionado encaminados a dilatar la entrada a juicio. Su condición de previas o dilatorias resulta de la falta de capacidad para enervar por completo la pretensión principal del actor; por lo tanto, su constitución no aniquila el derecho subjetivo sustancial que se pretende hacer valer en el proceso, pero sí obliga a que el demandante subsane las inconsistencias presentadas, pues de otro modo, impedirán la continuación del trámite del asunto.

Entre las mencionadas excepciones, se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio. Así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda.

5.2.1.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por FOMAG

El Fondo Nacional para las Prestaciones Sociales del Magisterio, afirma que no le asiste ninguna obligación, por cuanto no es sujeto susceptible de obligaciones ni derechos, por tal motivo, considera que se configuraría la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sin embargo, atendiendo a lo regulado en la Ley 962 de 2005 y en los Decretos 1775, 2831 de 2005 y 1075 de 2015, se encuentra establecido el procedimiento para la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones económicas a los docentes oficiales, indicándose en las mismas normas, que dentro del trámite intervienen la Secretaría de Educación de la entidad territorial, la respectiva entidad fiduciaria y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en últimas, según lo dispuesto en el artículo 56, reglamentado por el Decreto 2831 de 2005, es quien radica la obligación de pagar las prestaciones económicas de los docentes oficiales.

De otra parte, el Decreto 1272 de 2018, que modificó el Decreto 1075 de 2015, reglamentó el **pago y reconocimiento** de las prestaciones económicas

13001-23-33-000-2018-00827-00

a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Ahora bien, en decisión de la Subsección "B" de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis que se comparte en su integridad por esta Sala, respecto a la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló¹⁰:

"Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por los 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, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente petionario, 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 normatividad vigente.

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 deprecada por el docente petionado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una sede de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, 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 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."**

¹⁰ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 14 de febrero de 2013, radicación No. 25000.23.25.000-2010-01073-01(1048-12). Actor LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-AUTORIDADES NACIONALES

13001-23-33-000-2018-00827-00

Por lo anterior, la Sala declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.2.1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público advierte, que no fue parte ni tuvo relación entre el empleado y empleador, tampoco con la expedición del acto administrativo demandado, además indica que ni siquiera fueron llamados a la convocatoria de conciliación prejudicial que se surtió en la Procuraduría de la competencia, ni a la audiencia llevada a cabo el día 10 de diciembre de 2018, razón por la cual se permite solicitar que se desvincule del presente proceso, por configurarse la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva.

En la excepción propuesta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es enfático en destacar que en la Constancia de Conciliación¹¹ expedida el día 10 de diciembre del año 2018 por la Procuraduría 130 Judicial II para Asuntos Administrativos no figura como convocado. Pese a lo anterior, advierte este Tribunal, que es posible determinar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en efecto sí fue convocado por el actor tal y como se advierte en la Solicitud de Conciliación Prejudicial¹², ya que se puede ver relacionado en las pretensiones realizadas por el convocante, hoy accionante.

Ahora, el hecho de no figurar como convocado en el cuadro de referencia por parte de la Procuraduría y en la constancia realizada el día de la audiencia, puede obedecer a un error involuntario de transcripción puesto que, y no debe se puede desconocer, que el demandante cumplió con la carga de convocarlo a la audiencia, incluyendo además información para la notificación de parte.

Luego de aclarar lo anterior, ésta Sala considera importante destacar, que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en varias oportunidades ha estudiado la legitimación en la causa, y para los juicios de cognición la ha separado desde dos puntos de vista: de hecho y material.¹³

¹¹ Folio 90 cdr 1

¹² Folios 82-89 cdr 1

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. María Elena Giraldo Gómez. 17 de junio de 2004. Radicación No. 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452).

13001-23-33-000-2018-00827-00

Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio, **la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no.** Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. En la falta de legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no **relación real** de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas, *"la legitimación material en la causa o por activa o por pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado"*.¹⁴

Por lo anterior, teniendo en cuenta las funciones principales asignadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio del Decreto 4712 del 15 de diciembre de 2008 *"Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público"*¹⁵, y de los hechos materia de estudio; no es

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. María Elena Giraldo Gómez. 17 de junio de 2004. Radicación No.76001-23-31-000-1993-0090-01(14452).

¹⁵ Decreto 4712 del 15 de diciembre de 2008, Artículo 3º: El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrá, las siguientes funciones. Este Tribunal destacará las siguientes (negrilla fuera del texto):

- " Participar en la definición y dirigir la ejecución de la política económica y fiscal del Estado.
- Coordinar con la Junta Directiva del Banco de la República las políticas gubernamentales en materia financiera, monetaria, crediticia, cambiaria y fiscal.
- Preparar, para ser sometidos a consideración del Congreso de la República, los proyectos de acto legislativo y ley, los proyectos de ley del Plan Nacional de Desarrollo, del Presupuesto General de la Nación y en general los relacionados con las áreas de su competencia.
- Coordinar, dirigir y regular la administración y recaudación de los impuestos que administra la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; y regular de conformidad con la ley, la administración y recaudo de las rentas, tasas, contribuciones fiscales y parafiscales, multas nacionales y demás recursos fiscales, su contabilización y gasto.
- Preparar los proyectos para reglamentar el proceso de aforo, tasación y recaudo de los gravámenes arancelarios y los demás temas relacionados.
- Coordinar y preparar los proyectos para reglamentar la administración de los servicios aduaneros.
- Apoyar la definición de las políticas, planes y programas relacionados con el comercio exterior del país, en coordinación con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- Dirigir la preparación, modificación y seguimiento del Presupuesto General de la Nación, del presupuesto de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de las Sociedades de Economía Mixta asimiladas a estas, en las condiciones establecidas en la ley

13001-23-33-000-2018-00827-00

posible evidenciar que esta entidad tenga competencia para resolver lo pretendido por el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, ni puede reconocer presuntos derechos derivados de relaciones laborales de empleados vinculados a otras entidades, así que se procederá a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

5.2.2. Inepta demanda formulada por FOMAG y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa de los artículos 306 del CPACA, enlista las excepciones previas, entre las cuales está la de "Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales" (Num.5), según la cual, si el libelo introductorio no cumple con los requisitos de forma señalados por el legislador, no puede tramitarse válidamente el proceso so pena de generar, en algunos casos, un fallo inhibitorio.

Así, el citado mecanismo de defensa hace relación al presupuesto procesal denominado demanda en forma, que se refiere a los requisitos o condiciones mínimas de la demanda, los cuales están señalados en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA, tales como, i) la designación de las partes y de sus representantes, ii) las pretensiones, iii) hechos y omisiones, iv) normas violadas y concepto de violación cuando se trata de impugnar actos administrativos, v) la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria, vi) la dirección de las partes, vii) anexos de la demanda y; viii) la individualización del acto acusado.

En definitiva, lo que se garantiza a través de la mentada institución procesal, es evitar el desgaste innecesario de la administración de justicia con la adopción de decisiones que no resuelvan de fondo la controversia, debido a la ausencia de los presupuestos procesales requeridos para tal efecto.

Luego de revisar la demanda presentada por el señor Fredys Alberto Tordecilla, se encuentra que la misma reúne los requisitos legales para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en

-
- Vigilar el uso de recursos públicos administrados por entidades privadas. En ejercicio de esta función podrá objetar la ejecución y administración de estos recursos, en las condiciones propuestas por el administrador de estos, cuando esta no se ajuste a la ley o a los lineamientos de la política económica y fiscal.
 - Participar en la elaboración del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo y elaborar el proyecto de ley anual del presupuesto en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y los demás organismos a los cuales la ley les haya dado injerencia en la materia"

13001-23-33-000-2018-00827-00

el artículo 162 de la Ley 1437 del año 2011, al controvertirse la nulidad del acto ficto generado por no haber respuesta a la petición formulada por el actor a las entidades accionadas el día 04 de junio de 2017, razón por la cual puede ser instaurada en cualquier tiempo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 164 numeral 1 literal D) del CPACA.

También se advierte que, en el caso de marras, se agotó la conciliación extrajudicial de acuerdo a lo estipulado en el numeral 1º del artículo 161 del precitado código, al aportarse acta de agotamiento de esta diligencia previa en la cual fueron convocados todos los que a este asunto fueron vinculados.¹⁶

Con respecto a lo argumentado por FOMAG, al indicar que en el presente caso, se incumplieron requisitos de ley al no presentar prueba que evidenciara que la administración no dio respuesta en **el término correspondiente**, este Tribunal considera que en caso de existir dicha respuesta, era a la entidad accionada a quien le correspondía acreditarlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso.

En ese orden de ideas, se declarará no probada la excepción alegada por el FOMAG y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

5.2.3. PRESCRIPCIÓN

La prescripción es el fenómeno a partir del cual, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, conforme a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dictan. En el evento de la prescripción extintiva, se hace referencia al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

El Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fomag alegan, que se configuró la prescripción en el presente caso, toda vez que el docente acudió a su entidad nominadora a fin de solicitar el pago de los intereses de sus cesantías, el día 14 de mayo

¹⁶ Folio 90 cdr 1.

13001-23-33-000-2018-00827-00

de 2013; por lo que consideran que es a partir de esta última fecha que se debe comenzar a contabilizar los términos de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, mismos que según argumenta la accionada, vencieron el día 14 de mayo de 2016.

Advierte esta Corporación, que la presente excepción asiste al fondo del asunto, razón por la cual, será resuelta en ese momento con el debido análisis probatorio; de la misma forma como se analizarán el resto de excepciones de mérito que fueron formuladas en el presente litigio.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tiene derecho el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez a que se le reconozcan y paguen las cesantías con respecto a las vigencias solicitadas así como la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías y sus respectivos intereses al fondo administrador de cesantías correspondiente?

Como problema jurídico asociado y en caso de resultar afirmativo el anterior cuestionamiento, deberá analizar la Sala si operó o no el fenómeno de la prescripción de los derechos reclamados.

5.4. TESIS DE LA SALA.

La Sala procederá a declarar la nulidad del acto ficto o presunto que se configuró con la presentación de la solicitud de reconocimiento de cesantías e intereses el día 04 de junio de 2017; toda vez que, el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez tiene derecho a que le sean consignados tanto los aportes como los intereses de sus cesantías al Fondo administrador al que se encuentre afiliado, en los periodos 2012, 2013, 2014 y 2015; puesto que, no figura prueba que permita acreditar que los mismos fueron efectivamente consignados como corresponde por parte de la entidad empleadora.

Ahora bien, en lo correspondiente a la indemnización moratoria solicitada, se condenará a la demandada al reconocimiento y pago de los mismos, desde el **4 de junio de 2014** hasta el momento en que sean consignadas las cesantías adeudadas junto con sus intereses; pues con relación al tiempo

13001-23-33-000-2018-00827-00

anterior a esa fecha, se configuró el fenómeno de la prescripción, ya que la reclamación se hizo luego de haber pasado tres años desde que los mismos se hicieron exigibles, como se verá en la parte considerativa de este proveído.

5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.5.1. De la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no solo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo.

El régimen de liquidación de cesantías por anualidad, fue creado para los trabajadores del sector privado por la Ley 50 de 1990 pero mediante la **Ley 344 de 1996**, se extendió a los públicos, y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año, debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al fondo de Cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, cobijando a las personas vinculadas a la administración a partir del 31 de diciembre 1996.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 hizo extensiva la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularon a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de Cesantías:

- a) **El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente**, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) *Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”. (Se destaca)*

Con posterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, se expidió el Decreto 1582 de 1998, por el cual se reglamenta el artículo 13 de la citada norma. Entre otros aspectos, dispuso lo siguiente:

13001-23-33-000-2018-00827-00

*“El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, **será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990**; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”. (Se destaca)*

De las normas transcritas, se concluye que mientras la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema que se debe aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el Decreto 1582 de 1998 fue el que consagró la indemnización moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹⁷, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho Decreto (10 de agosto de 1998).

El nuevo régimen, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordena que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija, so pena de hacerse acreedor a una sanción de un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente.

En sentencia de Unificación CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, el Consejo

¹⁷ **Artículo 99º.-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1º. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2º. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3º. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4º. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5º. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6º. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7º. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Parágrafo.- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.

13001-23-33-000-2018-00827-00

de Estado concluyó lo siguiente:

- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas, sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.
- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.5.2. Sobre el salario para liquidar la Indemnización moratoria.

El H. Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo en Sección Segunda ha considerado¹⁸, que si bien es cierto las cesantías anualizadas se causan con corte a 31 de diciembre de cada año y se liquidan con base en el salario devengado de ese año, también lo es, que la obligación de consignar en el fondo administrador de cesantías está dispuesto por el legislador, para antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal, se produce ante el desconocimiento de esa fecha; por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada “*indemnización por mora*”, es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora, el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización.

Precisado lo anterior, y comoquiera que hay eventos en que la mora se extiende por más de un año y se produce por **periodos sucesivos**, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, **no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos**, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, corre una única sanción que va desde el primer día de

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B. CP. Carmelo Perdomo Cueter, Veintiocho (28) de octubre de 2019, Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00718-01 (2800-2015)

13001-23-33-000-2018-00827-00

mora que se causó con respecto del primer periodo, hasta aquel en que se produzca el pago de la prestación, o retiro del servicio, atendiendo los parámetros dados en los acápites previos.

Como se precisó anteriormente, el salario para liquidar la indemnización moratoria, **será el que devengue el empleado en el año en que se produzca la mora, pero si esa mora se extiende en el tiempo**, a tal punto que surja el derecho a la consignación de un nuevo periodo anualizado de cesantías, a partir de que se desconozca el término para la consignación de ese último periodo, **la indemnización moratoria deberá liquidarse con el salario que corresponda al último**. Para entender mejor la situación planteada, la jurisprudencia en cita recurre al siguiente ejemplo:

“Un empleado a quien se le liquidan las cesantías por el año 2004, su empleador tiene la obligación de consignarlas antes del 15 de febrero del año 2005; sin embargo, transcurre todo el año 2005 y no realiza la consignación debida. Con corte a 31 de diciembre de 2005 realiza la liquidación de las cesantías por este último año, las cuales debe consignar antes del 15 de febrero de 2006, sin embargo, tampoco realiza la consignación y de igual manera omite tal obligación años sucesivos.

En el ejemplo planteado, la indemnización moratoria por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2005 y el 14 de febrero de 2006, se liquida con el salario recibido por el empleado en el año 2005 - que percibía al momento en que se causó la mora-; la sanción moratoria concurrente, que surge desde el 15 de febrero de 2006 y hasta el 14 de febrero de 2007 se liquida con el salario que recibía el empleado en 2006 y así sucesivamente.”¹⁹

5.5.3. Prescripción trienal

En el caso en concreto, la Ley 50 de 1990 no consagró expresamente la prescripción frente a la indemnización moratoria, pero una de las características del derecho sancionador es que no puede existir sanciones imprescriptibles, así que por analogía se aplicará el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo:

“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B. CP. Carmelo Perdomo Cueter, Veintiocho (28) de octubre de 2019, Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00718-01 (2800-2015)

13001-23-33-000-2018-00827-00

Estudiado el anterior marco normativo y jurisprudencial, se pasará a analizar el caso concreto y los hechos probados en el caso de marras.

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos probados

En el presente proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico.

- Decreto No. 0411 de fecha 04 de abril de 2011 expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, por medio del cual se nombra al Fredys Alberto Tordecilla Jiménez en periodo de prueba para desempeñar el cargo de docente en Institución Educativa oficial.²⁰
- Decreto No. 1206 del 08 de agosto de 2012 expedido por la Secretaría de Educación Distrital, por medio del cual se nombra en propiedad al accionante por haber superado el periodo de prueba.²¹
- Petición elevada por el accionante el día **14 de mayo de 2013** ante la Secretaría de Educación y el Distrito de Cartagena, donde solicita el reconocimiento de sus intereses de cesantías desde su vinculación al servicio, el día 4 de abril de 2011, como docente de tiempo completo. Además, en la misma requiere información frente a la existencia de alguna problemática con relación a el reconocimiento y pago de los mismos, porque no ha podido gozar de este privilegio por no figurar en ningún sistema de las entidades encargadas de cancelar dicho aporte, a pesar de llevar dos años laborado en la Institución Educativa José de la Vega.²²
- Solicitud presentada ante la Secretaría de Educación y el Distrito de Cartagena el día 25 de abril de 2016, donde la parte demandante reitera a las entidades demandadas, que se le informe por qué no han sido cancelados los intereses de cesantías, ni figura en la lista de los docentes a los que se les cancela dicha prestación.²³

²⁰ Folios 11-12 cdr 1

²¹ Folio 13-16 cdr 1

²² Folios 17 cdr 1

²³ Folio 18 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

- Acción de tutela instaurada por el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez contra la Secretaría de Educación, Distrito de Cartagena y la Oficina del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando se tutelaran sus derechos fundamentales a la vida, igualdad y seguridad social, los cuales presuntamente estaban siendo vulnerados con el no pago de intereses de cesantías, cesantías y no figurar con acumulado retroactivo de las mismas.²⁴
- Fallo de Tutela proferido dentro del proceso radicado con No. 1301-3105-003-2016-00457-00 proferida por el Juzgado Tercero Laboral Judicial de Cartagena, donde se resuelve NO TUTELAR derecho fundamental alguno al accionante Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, toda vez que, la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de los intereses de cesantías y cesantías, ya que debe demostrarse que los medios ordinarios de defensa judicial existentes resulten insuficientes para lograr dicho cometido.²⁵
- Reclamación Administrativa realizada el día **04 de junio de 2017** donde el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez reitera de manera formal la solicitud a FIDUPREVISORA del reconocimiento, liquidación, consignación de aportes a cesantías, pago de los intereses de cesantías más indemnización moratoria a que tiene derecho desde la vinculación al servicio, el día 4 de abril de 2011, como docente de tiempo completo, por la no consignación ni pago por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría Distrital de Cartagena.²⁶
- Reclamación Administrativa realizada el día 04 de junio de 2017 donde el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez en la que formalmente solicita al Ministerio de Educación Nacional, Secretaría de Educación, Distrito de Cartagena y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el reconocimiento, liquidación, consignación de aportes a cesantías, pago de los intereses de cesantías más indemnización moratoria a que tiene derecho ya que desde la vinculación al servicio, el día 4 de abril de 2011, como docente de tiempo completo, nunca le habían sido consignadas ni pagadas por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a

²⁴ Folios 19-23 cdr 1

²⁵ Folios 24-29 cdr 1

²⁶ Folios 30-37 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

través de la Secretaría Distrital de Cartagena.²⁷

- Comprobantes de pago de nómina del accionante desde el 01 de abril de 2011 hasta el día 31 de diciembre de 2015 expedidos el día 29 de enero de 2016 por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias – Humano en Línea-, figurando en ellos, descuentos realizados bajo el concepto de aporte empleado Fondo Prestaciones Sociales del Magisterio.²⁸
- El día 27 de junio de 2017, el Ministerio de Educación da respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de indemnización moratoria sobre intereses de las cesantías dejadas de cancelar, indicando que en virtud a la distribución de las competencias, trasladó la petición a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, para que dé respuesta de fondo a la misma.²⁹
- El día 18 de septiembre de 2017, FIDUPREVISORA da respuesta a la solicitud recibida referente al pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Al respecto, se le indicó que con respecto a la no consignación de aporte de cesantías por parte de la entidad nominadora, el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no suministra información de pagos y aportes por docente. Argumenta también, que la expedición de la Historia Laboral y certificado de tiempo y valor cotizado dentro del periodo laborado año por año, en las condiciones requeridas, corresponde a la Secretaría de Educación, en calidad de entidad nominadora, así como efectuar la verificación de la información, y el procedimiento y mecanismo para el pago de las prestaciones económicas a que tenga derecho el accionante. Por último, informa que el artículo 99 de la Ley 50 de la Ley 1990, no es aplicable a los docentes afiliados a dicho fondo.³⁰
- Extracto de cesantías e intereses a las cesantías del demandante, información suministrada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.³¹

²⁷ Folios 38-63 cdr 1

²⁸ Folios 64-72 cdr 1

²⁹ Folio 75 cdr 1

³⁰ Folios 75-80 cdr 1

³¹ Folio 81 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

- Solicitud de Audiencia de Conciliación Prejudicial, figurando el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez como convocante, el día 08 de octubre de 2018.³²
- Constancia de Conciliación extrajudicial fallida, expedida por la Procuraduría 130 Judicial II para asuntos Administrativos el día 10 de diciembre de 2018.³³

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el caso que nos ocupa, la Sala observa que el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez fue nombrado por el Decreto 0411 de abril de 2011 en periodo de prueba y posteriormente, por medio del Decreto 1206 del día 08 de agosto de 2012, fue nombrado en propiedad por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena para desempeñar las labores de docente de idioma extranjero inglés en la Institución Educativa Oficial José de la Vega.

Las pretensiones de la demanda se encaminan principalmente a que se declare la nulidad del acto ficto generado de la reclamación administrativa elevada por la parte demandante ante la entidad empleadora, el día **04 de junio de 2017**; en la cual el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez solicita se reconozcan y consignen los aportes de cesantías, desde el mismo momento de su vinculación a la entidad, de igual manera se paguen los intereses de cesantías, desde su vinculación, el día 4 de abril de 2011, más la respectiva indemnización moratoria a que tiene derecho por no haberse consignado aquellos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, de cara al marco normativo y jurisprudencial analizado, a 31 de diciembre de cada año, el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente al trabajador, dicho valor se debió consignar antes del 15 de febrero del año siguiente en una cuenta individual a su nombre, so pena de hacerse acreedor a una sanción de un día de salario por cada día de retardo.

En ese sentido, era deber del empleador del señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, consignar sus aportes a cesantías e intereses de las mismas, en el

³² Folios 82-88 cdr 1

³³ Folio 90 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00827-00

Fondo de su elección.

Ahora bien, de acuerdo a los hechos probados, en los comprobantes de pago de nómina del accionante desde el 01 de abril de 2011 hasta el día 31 de diciembre de 2015 expedidos el día 29 de enero de 2016 por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias – Humano en Línea-, es posible determinar que se realizaron los siguientes descuentos bajo el concepto de “Aporte empleado Fondo Prestaciones Magisterio”, por los periodos y montos relacionados a continuación:

PERIODO	MONTO	CONCEPTO
2010	181.840,00	Aporte empleado Fondo Prest. Magisterio
2011	420.937,00	Aporte Fondo Prest. Magisterio tercera parte
2012	101.040,00	Aporte empleado Fondo Prest. Magisterio
2015	128.400,00	Aporte empleado Fondo Prest. Magisterio

Asimismo, a folio 81 del expediente, observa esta Sala, extracto de interés a las cesantías aportado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA-, mediante el cual la entidad accionada responde mediante Oficio No. 20170171127251 a la solicitud del señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, informando que los aportes de cesantías con los respectivos intereses de los años 2010, 2011, 2016 y 2017, se encuentran formando parte del acumulado del accionante, encontrándose que los mismos fueron consignados los días **10 de diciembre de 2012, 11 de diciembre de 2012, 17 de marzo de 2017 y 16 de marzo de 2019** respectivamente, de acuerdo a Extractos aportados por dicha entidad.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que las cesantías del demandante, junto con sus intereses, fueron reconocidas en los siguientes períodos:

PERIODO	FECHA DE CONSIGNACIÓN EN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Año 2010	10 de diciembre de 2012
Año 2011	11 de diciembre de 2012,
Año 2016	17 de marzo de 2017
Año 2017	16 de marzo de 2019

Sin embargo, lo correspondiente a los años 2012, 2013, 2014 y 2015, no se advierte que por parte de la Secretaría de Educación Distrital se hayan consignado tales aportes por concepto de cesantías ni de sus respectivos

13001-23-33-000-2018-00827-00

intereses, por lo que se evidencia que tal obligación se encuentra pendiente por satisfacer y respecto de tales períodos sí le asiste el derecho al demandante reclamado.

Razón por la cual, las entidades demandadas, **deberán consignar** a favor del señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, en el fondo administrador de cesantías correspondiente a cual se encuentre este afiliado, **las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2012, 2013, 2014 y 2015, con sus respectivos intereses**, en caso que hasta la fecha no se hayan efectuado; puesto que el H. Consejo de Estado ha determinado, que a las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se les aplica el fenómeno de la prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado, y la omisión en el cumplimiento de ese término, no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado³⁴.

En virtud de lo anterior y como consecuencia del incumplimiento antes mencionado, el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, igualmente **tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización moratoria**, ya que se vislumbró que el empleador incumplió la obligación de realizar la liquidación de las cesantías anualizadas de los periodos 2012, 2013, 2014 y 2015, y consignarlas antes del 15 de febrero del año siguiente en la cuenta individual del señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez correspondiente al fondo de cesantía al cual se encuentre afiliado, igualmente se encontró retrasos en los pagos efectuados con relación a las cesantías correspondientes a las vigencia 2010, 2011, 2016 y 2017.

5.6.2.1. Sobre la liquidación de las cesantías, intereses de cesantías y la sanción moratoria.

Conforme a lo precisado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado³⁵, se reiterará que, las cesantías anualizadas se causan con corte a 31 de diciembre de cada año, y se liquidan con base en el salario devengado en

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, con radicado No. 08001-23-31-000-2011-00628-0, CP. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁵ Perdomo Cueter, Veintiocho (28) de octubre de 2019, Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00718-01 (2800-2015)

13001-23-33-000-2018-00827-00

el período en el que comenzó a contabilizarse la mora.

En cuanto a la indemnización moratoria, se liquida con el salario que percibía el actor cuando se causó la mora, es decir:

AÑO- PERIODO	SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN SANCIÓN MORATORIA
2012	2013
2013	2014
2014	2015
2015	2016
2016	2017
2017	2018

La liquidación deberá realizarse de la siguiente manera, un día de salario básico por cada día de retardo así: la sanción generada a partir del día 04 de junio de 2014 (fecha a partir de la cual se toma la prescripción) al 14 de febrero de 2015 con el salario básico del año 2014, la del día 15 de febrero de 2015 al 14 de febrero de 2016, con el salario básico del año 2015, la del día 15 de febrero de 2016 al 14 de febrero de 2017 con el salario básico del año 2016, y la sanción se extenderá hasta cuando se paguen las cesantías correspondientes a las anualidades aún adeudadas, siendo una sola sanción moratoria que corres desde el 4 de junio de 2014 sin que puede plantearse acumulación de sanción alguna con respecto a las anualidades aún no pagadas o con relación a las anualidades pagadas pero con atraso.

En cuanto al pago, debido a que el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, se encuentra vinculado como docente del sector oficial del Magisterio del Distrito Especial de Cartagena de Indias, desde el día 04 de abril del año 2011, hasta la actualidad, lo concerniente a cesantías e intereses de las mismas, deberá ser consignado en el fondo correspondiente de cesantías al cual éste se encuentre vinculado. Por su parte, la indemnización moratoria, deberá ser reconocida y pagada a el demandante, el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez.

5.6.2.2. De la Prescripción

Ahora bien, se tiene que el demandante presentó reclamación por los factores que pretende sean reconocidos ante la Administración hasta el día

13001-23-33-000-2018-00827-00

04 de junio de 2017, cuando solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías y de los intereses de las mismas.

Como se abordó en el marco normativo, contrario a lo establecido para las cesantías anualizadas, la indemnización moratoria sí está sujeta al fenómeno de la prescripción, aplicando lo dispuesto en el Art. 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; razón por la cual este Tribunal solo podrá conceder el pago de la indemnización moratoria a **partir del 4 de junio de 2014**, pues con relación al tiempo anterior a esa fecha, se configuró el fenómeno de la prescripción, ya que la reclamación se hizo luego de haber pasado tres años desde que los mismos se hicieron exigibles.

En conclusión, esta Sala declarará la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la no contestación de la reclamación administrativa elevada por el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez ante la entidad empleadora el día 04 de junio de 2017, ya que no figura prueba en el plenario de haberse pagado de manera oportuna el auxilio de cesantía más los intereses a las cesantías de los periodos 2012, 2013, 2014 y 2015; por lo que tendrá derecho a su reconocimiento en los términos antes indicados; sin embargo, con respecto a la indemnización moratoria, se declarará la prescripción de los periodos anteriores al 04 de junio de 2014, puesto que la reclamación ante la entidad demandada no fue realizada de manera oportuna, por tal razón solo es posible el reconocimiento de dicha sanción a partir del día 04 de junio de 2014, al declararse **probada** la excepción propuesta por la parte demandada correspondiente a la prescripción.

5.7. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, como quiera que las pretensiones prosperaron parcialmente.

5.8. CUESTIÓN ACCESORIA

Teniendo en cuenta que la condena podría generar un detrimento patrimonial para el Estado, por Secretaría compúlsense copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

13001-23-33-000-2018-00827-00

5.9. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción previa de inepta demanda, formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y FOMAG.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por FOMAG.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la reclamación administrativa presentada por el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez el día 04 de junio de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA, consignar el auxilio de cesantía más los intereses de cesantías a favor del señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez de los periodos 2012, 2013, 2014 y 2015, suma que será agregada a su cuenta individual en el fondo correspondiente al cual se encuentre este afiliado.

SEXTO: ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA, al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria a favor del demandante, el señor Fredys Alberto Tordecilla Jiménez, a partir del 04 de junio de 2014 en adelante, la cual se liquidará conforme a lo explicado en la parte motiva de este proveído, es decir con base en el salario devengado en el período en el que comenzó a contabilizarse la mora y se causará hasta el momento en que cumpla lo

13001-23-33-000-2018-00827-00

ordenado en el artículo quinto de esta providencia. Recuérdese que corre una única sanción que va desde el 4 de junio de 2014, hasta la fecha en que se produzca el pago de las prestaciones aún adeudadas, o el retiro del servicio.

SÉPTIMO: DECLARAR la prescripción de la indemnización moratoria de los periodos anteriores al día 04 de junio de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

OCTAVO: Sin condena en costas.

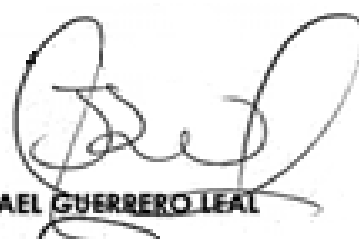
NOVENO: Por Secretaría compúlsense copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

DÉCIMO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente previa cancelación de su radicado.

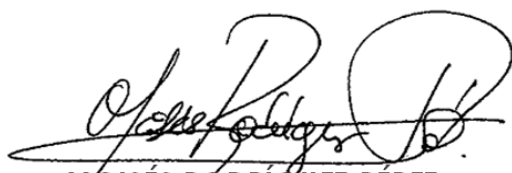
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
SALVA VOTO



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

(La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001-23-33-000-2018-00827-00)