



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "C"  
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ORALIDAD

FECHA: 23-01-2023

ESTADO No. 004

RG.	Ponente	Radicación	DEMANDANTE	DEMANDADO	Clase	F. Actuación	Actuación
1	CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL	25000-23-42-000-2022-00771-00	PEDRO LUIS INFANTE VILLAMIL	FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTIAS Y PENSIONES	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	20/01/2023	AUTO QUE REMITE PROCESO POR COMPETENCIA
2	SAMUEL JOSE RAMIREZ POVEDA	25269-33-33-001-2022-00160-01	MARIA DEL CARMEN TOLEDO ARIZA	NACION - MINEDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	20/01/2023	AUTO QUE RESUELVE APELACIÓN
3	SAMUEL JOSE RAMIREZ POVEDA	25269-33-33-001-2022-00131-01	ROSALIA UCHUVO MARTIN	NACION - MINEDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	20/01/2023	AUTO QUE RESUELVE APELACIÓN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C”

Bogotá D.C. Veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

**Magistrado Ponente: Carlos Alberto Orlando Jaiquel**

**AUTO INTERLOCUTORIO**

Referencia:

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **PEDRO LUIS INFANTE VILLAMIL**

Demandada: Bogotá D.C. — Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones — FONCEP

Expediente: No. 250002342000-2022-00771-00

Asunto: **Remite por Competencia.**

**ANTECEDENTES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Pedro Luis Infante Villamil, presentó demanda contra Bogotá D.C. — Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones — FONCEP, en virtud de la cual, pretende lo siguiente:

**“II - DECLARACIONES Y CONDENAS**

**PRIMERA:** QUE SE DECLARE LA NULIDAD de los Actos Administrativos contenidos en **LAS RESOLUCIONES. SPE GDP No. 000528 del 31 de mayo de 2021 donde reconocen indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Y SPE GDP No 000693 DEL 2 DE JULIO DE 2021.** Expedida por el SUBDIRECTOR TÉCNICO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DEL FONCEP, Donde niegan el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, solicitado mediante recurso de reposición al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la anterior declaración a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE VEJEZ, re- liquidar, reajustar, Indexar y pagar, adicionando los porcentajes correspondientes al desfase entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional y la variación porcentual del IPC.

**Demandante: Pedro Luis Infante Villamil**  
**Radicado No. 2022-00771-00**

**TERCERA:** *El reajuste de la pensión de VEJEZ debe liquidarse y reflejarse año por año, con los nuevos valores tomándose como referencia la diferencia indicada en el numeral anterior.*

**CUARTA:** *CONDENAR a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificados por el DANE con fundamento en el Art. 178 del C.C.A, desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores.*

**QUINTA:** *ORDENAR a la demandada dar cumplimiento al fallo objeto del presente proceso dentro de los términos previstos C.P.A.C.A.*

**SEXTA:** *En caso de oposición condenar en costas y agencias oficiosas a la demandada.*

**SEPTIMA:** *SOLICITO reconocermé personería como apoderado del actor en el presente proceso.”*

Analizadas las pretensiones de la demanda, se advierte que, el presente asunto no es de competencia de este Tribunal, toda vez que, el artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fue modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021, previendo que, es competencia de los Juzgados Administrativos, 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, sin atención a su cuantía.

La precitada norma dispuso:

**“ARTÍCULO 155. Competencia de los juzgados administrativos en primera instancia.** *Los juzgados administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

*1. De la nulidad contra actos administrativos expedidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas o entidades de derecho privado que cumplan funciones administrativas en el mismo orden. Se exceptúan los de nulidad contra los actos administrativos relativos a impuestos, tasas, contribuciones y sanciones relacionadas con estos asuntos, cuya competencia está asignada a los tribunales administrativos.*

*2. De los 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, sin atención a su cuantía.*

[...]” (se resalta)

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 2080 expedida el 25 de enero del año 2021 preceptuó:

Demandante: Pedro Luis Infante Villamil  
Radicado No. 2022-00771-00

**“ARTÍCULO 86. Régimen de vigencia y transición normativa.** La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de: los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.” (Negrillas del despacho)

Así las cosas, encuentra el despacho que, según acta de reparto obrante en el archivo “05ACTADEREPARTO” del expediente digital, la presente demanda fue radicada el **9 de diciembre de 2022**, esto es, después de un año a la expedición de la Ley 2080 antes mencionada; en consecuencia, al no ser competencia de este Tribunal el conocimiento del presente asunto, se ordenará la remisión del mismo, a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, para que se someta a reparto y continúe con el trámite que establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155, numeral 2º, de la Ley 1437 de 2011 modificado por la Ley 2080 de 2001, toda vez que lo que pretende la demandante precisamente el reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

En virtud de lo expuesto este despacho,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Envíese de manera urgente e inmediata el presente proceso por competencia a los **Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda (reparto)**, por competencia funcional para que continúe con el trámite que corresponda, de acuerdo a lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO.-** Para efectos legales se tendrá en cuenta la fecha de presentación inicial de la demanda efectuada ante esta Corporación.

**TERCERO.-** Por secretaria dispóngase lo pertinente para la remisión del expediente.

#### **NOTIFÍQUESE<sup>1</sup> Y CÚMPLASE**

Firmado electrónicamente  
**CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL**  
**Magistrado**

DRPM

**CONSTANCIA:** La presente providencia fue electrónicamente firmada por el suscrito Magistrado en la plataforma denominada SAMAI. Garantizándose la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de acuerdo con el artículo 186 del CPACA.

---

<sup>1</sup> Parte actora: freddy@salesaguirre.com

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCION SEGUNDA  
SUBSECCION "C"**

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

**REFERENCIAS**

EXPEDIENTE No: 25269-33-33-001-2022-00160-01  
DEMANDANTE: MARIA DEL CARMEN TOLEDO ARIZA  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –  
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE  
CUNDINAMARCA  
ASUNTO: APELACIÓN AUTO

-----

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el Auto proferido el 16 agosto de 2022, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, mediante el cual rechazó parcialmente la demandada, únicamente respecto del oficio expedido por la Fiduprevisora y, como consecuencia de ello, ordenó la desvinculación de dicha entidad del presente proceso.

**EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la demandante, interpuso oportunamente recurso de apelación, contra el referido Auto, alegando que el 10 de agosto de 2021 radicó a favor de su prohijada tres peticiones con el fin de que obtenga el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de la cesantía reconocida mediante la Resolución No. 000774 del 17 de marzo de 2020, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Cundinamarca y, la Fiduprevisora S.A., la cual, esta última, no debe estar desvinculada del presente asunto, toda vez que el acto que profirió, esto es, el Oficio No. 20211074228381 del 16 de diciembre de 2021, es plenamente debatible debido a que la Fiduprevisora actúa como Fideicomitente de una entidad de derecho público, la cual es el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual transfiere o entrega uno o más bienes a la Fiduprevisora para que cumpla la finalidad de interés público pretendida por el constituyente, encontrándose sujeta al régimen de contratación pública,

cumpliendo con un régimen de deberes y obligaciones, la cual deberá entrar a responder.

Que por las razones anteriormente expuestas, no se puede desvincular a la Fiduprevisora, más cuando la entidad esta legitimada para responder con sus recursos propios por el incumplimiento en el término de pago de las cesantías, teniendo en cuenta que se presentó la falta en desarrollo de su función como entidad fiduciaria.

Añade que por interpretación analógica se debe analizar que en varias oportunidades se han suscrito acuerdos conciliatorios con la Fiduprevisora, debido a que, dentro del análisis realizado por el comité de conciliación de esa entidad, encuentran que se desbordó el límite temporal establecido por la ley para la puesta a disposición y pago de las prestaciones docentes, indicando que la causación se presenta debido al incumplimiento o mal manejo de su encargo contractual en calidad de Fiduciaria, razón por la cual entra a responder con recursos propios.

### **CONSIDERACIONES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la demandante solicitó se declare la nulidad del Oficio No. CUN2022EE000312 del 6 de enero de 2022, proferido por el ministerio de Educación Nacional – FOMAG, el acto ficto o presunto configurado el 18 de febrero de 2022 por el Departamento de Cundinamarca, respecto de la petición elevada el 18 de noviembre de 2021 y, el Oficio No. 20211074228381 del 16 de diciembre de 2021, proferido por la Fiduprevisora la previsora S.A., mediante los cuales le negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Como restablecimiento del derecho, solicita se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) – Departamento de Cundinamarca y la Fiduciaria la Previsora S.A., deben reconocerle y pagarle la sanción moratoria a que haya lugar, debido al no pago oportuno de las cesantías definitivas ordenadas a su favor, mediante la Resolución

No. 001784 del 18 de diciembre de 2019, mora que ocurrió desde el 18 de noviembre de 2019, hasta la fecha de pago que fue el día 14 de octubre de 2021.

El presente asunto le correspondió por reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Facatativá, quien mediante auto de fecha 16 de agosto de 2022, resolvió admitir parcialmente la demanda, en el sentido de rechazar la demanda, respecto del Oficio No. 20211074228381 del 16 de diciembre de 2021, expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A. y, como consecuencia de ello, desvincular a dicha entidad del presente proceso.

### **ACTOS DEMANDABLES EN EL CASO DE LA SANCION MORATORIA POR PAGO TARDIO DE LAS CESANTIAS**

Mediante la Ley 91 de 1989 se creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora - FIDUPREVISORA S.A.-.

No obstante, las sanciones derivadas del no pago o pago tardío no hacen parte de las prestaciones, por lo que las consecuencias de la omisión en su cancelación oportuno corren a cargo de la administradora, esto es la fiduciaria.

Ahora bien, en varias ocasiones ocurre que frente a la petición de reconocimiento de sanción moratoria por consignación de cesantías de docentes después del término oportuno, las Secretarías de Educación usualmente responden en el sentido de manifestar no ser competentes alegando que sus facultades van hasta el reconocimiento de prestaciones no siendo responsables del pago, razón por la cual remiten la solicitud a la Fiduprevisora por considerar que esta es la entidad encargada que efectúa los pagos y, a su vez, esta última responde en forma negativa al reconocimiento de dicha sanción. Este es entonces, el acto de carácter particular que define negativamente la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria. No obstante, en algunos casos las Secretarías responden de fondo v.gr., cuando indican que dicha sanción por mora no es aplicable a los docentes, por lo que en estas oportunidades, el acto demandable es el expedido por la Secretaria. Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

<b>SECRETARIA EDUCACIÓN:</b>
-Puede ocurrir que responde negativamente y de fondo, por considerar v. gr., que la sanción moratoria no aplica a los docentes afiliados al FOMAG
- O se considera no competente y remite por competencia a la Fiduprevisora
- O no responde
<b>FIDUPREVISORA:</b>
-Frente a la remisión que hace la Secretaría, responde negativamente
-No responde

Entonces, en el primer caso, cuando la Secretaría responde de fondo y negativamente, este es el acto a demandar, igual ocurre cuando no contesta, en cuyo caso, se demanda el acto ficto, pero cuando considera que no es competente, este se torna en un acto de trámite y el acto a demandar es el que expida la Fiduprevisora, o el silencio de esta última.

Por ende, en el segundo caso, si la Fiduprevisora, responde negativamente, esta contestación es el acto expreso que debe demandarse, y en caso de guardar silencio, la demanda debe ir dirigida contra el silencio administrativo negativo de la Fiduprevisora.

En ese orden de ideas, se tiene que las Secretarías de Educación no tienen por qué reconocer estas sanciones, puesto que el FOMAG reconoce las prestaciones sociales del magisterio según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, mientras que la sanción moratoria claramente no es una prestación, pues no se enmarca ni en la clasificación legal ni en el fin de dicha figura cual es el amparo de las contingencias del servidor, sino un castigo o penalización por no pagar oportunamente y a la vez, reparación de los daños ocasionados al beneficiario del mismo, por ello es la Fiduciaria quien debe atender dichas solicitudes, como quiera que es la encargada de realizar las erogaciones correspondientes a las cesantías.

**La anterior ha sido la orientación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que recientemente reiteró** la Sala de decisión de la Subsección B, mediante auto del 21 de junio de 2018, Magistrada Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, numero de radicado 25000-23-42-000-2017-04738-01 (0850-2018), frente a un caso similar al que se estudia, donde una docente solicitó el pago de la sanción moratorio por pago tardío de cesantías, estableció que la respuesta

de la Fiduprevisora era un acto administrativo, y que a partir del mismo era cuando se contabilizaba la caducidad. Para ello hizo un recuento de los hechos a que hacía referencia el litigio en cuestión:

*“Encontró la Sala, que la actora solicitó el 14 de febrero de 2014 a la SED Bogotá, al FOMAG y a la Fiduprevisora S.A., el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria<sup>1</sup>, y obtuvo las siguientes respuestas:*

*El FOMAG - Bogotá, mediante Oficio S-2014-23926 del 20 de febrero de 2014<sup>2</sup>, le informó, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2381 de 2005<sup>3</sup>, que establece el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo, las gestiones a cargo de la SED Bogotá se materializaron conforme a derecho, y que las resoluciones por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de las cesantías, fueron remitidas a la entidad encargada de administrar los recursos, en este caso, a la Fiduprevisora S.A., **motivo por el cual, la respuesta de fondo deberá ser emitida por la entidad fiduciaria, y por tal razón, le dio traslado por competencia de conformidad con el artículo 21 del CPACA.***

*La Fiduprevisora S.A. por su parte, a través del Oficio 404 con radicado 2014ER00052439, expedido por la Directora de Prestaciones Económicas, y recibido el 4 de julio de 2014 por el apoderado de la actora<sup>4</sup>, le informó frente al pago de las cesantías, que la consignación se efectuó el 1° de agosto de 2013, y que actuando como vocera y administradora del FOMAG, paga las prestaciones en la medida que cuente con los recursos que son trasladados por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de Educación Nacional, lo cual se soportó en lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 014 de 2002, en la Directiva 01 del mismo año expedida por el FOMAG, y en la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado con Radicado 2002-02461-01.*

*Bajo este contexto concluyó, que mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna, pues sería contradecir los principios constitucionales y jurisprudenciales, y precisó, que los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y ordenados por un Juez de la República, orden que se debe cumplir de acuerdo al trámite establecido en el Decreto 2381 de 2005<sup>5</sup>, es decir, que una vez la secretaría de educación expida el acto de cumplimiento, el FOMAG incluye en su presupuesto el valor de la condena.*

*Finalmente, le comunicó que quedó atendida de fondo su solicitud, aclarando que dicho oficio no es válido ni considerado como un acto administrativo, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la entidad, no le permite tener competencia para emitirlos.” (Resaltado extratexto)*

---

<sup>1</sup> Folios 3 a 17.

<sup>2</sup> Folios 24 a 25.

<sup>3</sup> Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.

<sup>4</sup> Según consta en el folio 26 y vuelto.

<sup>5</sup> «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

A continuación, la Sala analizó la normatividad aplicable y concluyó que no era la Secretaría la necesariamente obligada a responder:

*“No obstante lo anterior, tal como lo dispone el artículo 3° de la Ley 91 de 1989<sup>6</sup>, el patrimonio autónomo sin personería jurídica cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria, es de la Nación; por consiguiente, habida cuenta que se encuentra en cabeza del FOMAG tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de la actora**, es ostensible que la competencia en tratándose de prestaciones sociales de los docentes, y **para el caso concreto de la solicitud de sanción moratoria** por el incumplimiento del término legal, corresponde al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sin que para ello se requiera de intervención alguna del ente territorial – Secretaría de Educación Distrital-**, razón por la cual, **no le asiste razón a la apelante, cuando pretende establecer que la respuesta a su petición debía ser atendida por el ente territorial, llámese en este caso, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.**” (subrayas y negrillas fuera de texto)*

Y entrando al caso concreto, concluyó el Consejo de Estado:

*“Así las cosas, **no existió el acto ficto negativo que aduce la demandante, por cuanto es claro para la Sala, que la respuesta emitida por la Fiduprevisora S.A. como administradora del FOMAG respecto del pago de las prestaciones económicas del personal docente afiliado a este, es un acto administrativo válido,** a pesar de que en el mismo se diga cosa diferente.*

*Ahora, descendiendo en el caso objeto de análisis, el Oficio 404 con Radicado 2014ER00052439<sup>7</sup> mediante el cual se resolvió de fondo la petición de la demandante, quedó notificado el 4 de abril de 2014<sup>8</sup>, y quedó en firme el 5 de mayo del mismo año, **fecha a partir de la cual empieza a contabilizarse el término de caducidad de la acción** que es de cuatro (4) meses, es decir que la parte actora tenía posibilidad de presentar la demanda hasta el 5 de septiembre de 2014, circunstancia que no ocurrió así, pues la conciliación extrajudicial se radicó el 31 de julio de 2017<sup>9</sup> y la demanda el 28 de septiembre de la misma anualidad<sup>10</sup>, es decir, transcurrido más de 2 años desde la ejecutoria del acto que resolvió de fondo la petición, y por ende, fuera del término de caducidad del medio de*

<sup>6</sup> «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.» «[...] Artículo 3°.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, 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 base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.»

<sup>7</sup> Visible a folio 26 y vuelto.

<sup>8</sup> Visible a folios 26 y vuelto.

<sup>9</sup> Según acta visible a folios 29 a 30.

<sup>10</sup> Folio 33.

*control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el literal d) numeral 2º del artículo 164 del CPACA<sup>11</sup>, lo que genera como consecuencia el rechazo de la demanda, conforme a la causal establecida en el numeral 1º del artículo 169 ibídem<sup>12</sup>.*

*De acuerdo con lo expresado anteriormente y el fundamento en las normas y en la jurisprudencia que se ha estudiado, se procederá a confirmar la decisión de primer instancia". (Resaltado extra texto)*

Igual tesis se aplicó en reciente fallo de esta Sala, radicado bajo el no. 2015-647-01 con ponencia del suscrito.<sup>13</sup> Esta posición ha sido seguida por otras Salas de este Tribunal.

Por las razones anteriormente expuestas, deberá confirmarse parcialmente el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Facatativá, el 16 de agosto de 2022, para, en su lugar, revocar los numerales primero y segundo de dicha providencia, con el fin de admitirse el Oficio No. 20211074228381 del 16 de diciembre de 2021, proferido por la Fiduciaria La Previsora - FIDUPREVISORA S.A., y ordenar la vinculación de dicha entidad al presente proceso.

En tal virtud se,

---

<sup>11</sup> Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...].  
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...]. d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; [...].

<sup>12</sup> «Artículo 169. Rechazo de la demanda. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

1. Cuando hubiere operado la caducidad. [...].»

<sup>13</sup> Se considerará como tal, el acto expedido por la Fiduprevisora, teniendo en cuenta las siguientes razones: en otros, en el proceso del cual fue Consejera Ponente la DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en fallo del 21 de junio de 2018 EXPEDIENTE: 25000-23-42-000-2017-04738-01 (0850-2018) ORDINARIO: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. ACTOR: Flor Cecilia Ramírez Sánchez. DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A. , se planteó como Problema jurídico: “*El presente caso consiste en establecer ¿Cuál es la entidad competente para resolver las peticiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías de los docentes oficiales afiliados al FOMAG; y de esta manera, determinar si la actora presentó de manera oportuna y dentro del término legal el escrito de demanda? Para resolver lo anterior, se abordará sobre i) El concepto de la actuación administrativa y los actos acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa; ii) la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; iii) Del FOMAG, el procedimiento y la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; y iv) solución al caso concreto.*” Problema que fue resuelto, señalando **que la respuesta de la Fiduprevisora es un acto administrativo válido, por ser la competente para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria**, así: (.....)

**RESUELVE**

**CONFIRMAR PARCIALMENTE** el Auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Facatativá, el 16 de agosto de 2022, para, en su lugar, revocar los numerales primero y segundo de dicha providencia, con el fin de admitirse el Oficio No. 20211074228381 del 16 de diciembre de 2021, proferido por la Fiduciaria La Previsora - FIDUPREVISORA S.A., y ordenar la vinculación de dicha entidad al presente proceso.

**NOTIFIQUESE Y DEVUELVA** el expediente al Juzgado Administrativo de origen.

**SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA**

Magistrado

**Firmado electrónicamente**

La presente providencia fue firmada electrónicamente por el suscrito magistrado en la Plataforma "SAMAI". En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCION SEGUNDA  
SUBSECCION "C"**

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

**REFERENCIAS**

EXPEDIENTE No: 25269-33-33-001-2022-00131-01  
DEMANDANTE: ROSALIA UCHUVO MARTIN  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –  
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE  
CUNDINAMARCA  
ASUNTO: APELACIÓN AUTO

-----

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el Auto proferido el 23 de junio de 2022, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, mediante el cual rechazó parcialmente la demandada, únicamente respecto del oficio expedido por la Fiduprevisora y, como consecuencia de ello, ordenó la desvinculación de dicha entidad del presente proceso.

**EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la demandante, interpuso oportunamente recurso de apelación, contra el referido Auto, alegando que el 10 de agosto de 2021 radicó a favor de su prohijada tres peticiones con el fin de que obtenga el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de la cesantía reconocida mediante la Resolución No. 000774 del 17 de marzo de 2020, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Cundinamarca y, la Fiduprevisora S.A., la cual, esta última, no debe estar desvinculada del presente asunto, toda vez que el acto que profirió, esto es, el Oficio No. 20211073958931 del 30 de noviembre de 2021, es plenamente debatible debido a que la Fiduprevisora actúa como Fideicomitente de una entidad de derecho público, la cual es el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual transfiere o entrega uno o mas bienes a la Fiduprevisora para que cumpla la finalidad de interés público pretendida por el constituyente, encontrándose sujeta al régimen de contratación pública,

cumpliendo con un régimen de deberes y obligaciones, la cual deberá entrar a responder.

Que por las razones anteriormente expuestas, no se puede desvincular a la Fiduprevisora, más cuando la entidad esta legitimada para responder con sus recursos propios por el incumplimiento en el término de pago de las cesantías, teniendo en cuenta que se presentó la falta en desarrollo de su función como entidad fiduciaria.

Añade que por interpretación analógica se debe analizar que en varias oportunidades se han suscrito acuerdos conciliatorios con la Fiduprevisora, debido a que, dentro del análisis realizado por el comité de conciliación de esa entidad, encuentran que se desbordó el límite temporal establecido por la ley para la puesta a disposición y pago de las prestaciones docentes, indicando que la causación se presenta debido al incumplimiento o mal manejo de su encargo contractual en calidad de Fiduciaria, razón por la cual entra a responder con recursos propios.

### **CONSIDERACIONES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la demandante solicitó se declare la nulidad del Oficio No. CUN2021EE017302 del 29 de agosto de 2021, proferido por el ministerio de Educación Nacional – FOMAG, el oficio No. 2021615972 del 2 de septiembre de 2021, proferido por el Departamento de Cundinamarca y el Oficio No. 20211073958931 del 30 de noviembre de 2021, proferido por la Fiduprevisora la previsorora S.A., mediante los cuales le negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Como restablecimiento del derecho, solicita se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) – Departamento de Cundinamarca y la Fiduciaria la Previsorora S.A., deben reconocerle y pagarle la sanción moratoria a que haya lugar, debido al no pago oportuno de las cesantías definitivas ordenadas a su favor, mediante la Resolución

No. 000774 del 17 de marzo de 2020, mora que ocurrió desde el 4 de junio de 2020, hasta la fecha de pago que fue el día 16 de junio de 2021.

El presente asunto le correspondió por reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Facatativá, quien mediante auto de fecha 23 de junio de 2022, resolvió admitir parcialmente la demanda, en el sentido de rechazar la demanda, pero respecto del Oficio No. 20211073958931 del 30 de noviembre de 2021, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A. y, como consecuencia de ello, desvincular a dicha entidad del presente proceso.

### **ACTOS DEMANDABLES EN EL CASO DE LA SANCION MORATORIA POR PAGO TARDIO DE LAS CESANTIAS**

Mediante la Ley 91 de 1989 se creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora - FIDUPREVISORA S.A.-.

No obstante, las sanciones derivadas del no pago o pago tardío no hacen parte de las prestaciones, por lo que las consecuencias de la omisión en su cancelación oportuno corren a cargo de la administradora, esto es la fiduciaria.

Ahora bien, en varias ocasiones ocurre que frente a la petición de reconocimiento de sanción moratoria por consignación de cesantías de docentes después del término oportuno, las Secretarías de Educación usualmente responden en el sentido de manifestar no ser competentes alegando que sus facultades van hasta el reconocimiento de prestaciones no siendo responsables del pago, razón por la cual remiten la solicitud a la Fiduprevisora por considerar que esta es la entidad encargada que efectúa los pagos y, a su vez, esta última responde en forma negativa al reconocimiento de dicha sanción. Este es entonces, el acto de carácter particular que define negativamente la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria. No obstante, en algunos casos las Secretarías responden de fondo v.gr., cuando indican que dicha sanción por mora no es aplicable a los docentes, por lo que en estas oportunidades, el acto demandable es el expedido por la Secretaria. Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

<b>SECRETARIA EDUCACIÓN:</b>
-Puede ocurrir que responde negativamente y de fondo, por considerar v. gr., que la sanción moratoria no aplica a los docentes afiliados al FOMAG
- O se considera no competente y remite por competencia a la Fiduprevisora
- O no responde
<b>FIDUPREVISORA:</b>
-Frente a la remisión que hace la Secretaría, responde negativamente
-No responde

Entonces, en el primer caso, cuando la Secretaría responde de fondo y negativamente, este es el acto a demandar, igual ocurre cuando no contesta, en cuyo caso, se demanda el acto ficto, pero cuando considera que no es competente, este se torna en un acto de trámite y el acto a demandar es el que expida la Fiduprevisora, o el silencio de esta última.

Por ende, en el segundo caso, si la Fiduprevisora, responde negativamente, esta contestación es el acto expreso que debe demandarse, y en caso de guardar silencio, la demanda debe ir dirigida contra el silencio administrativo negativo de la Fiduprevisora.

En ese orden de ideas, se tiene que las Secretarías de Educación no tienen por qué reconocer estas sanciones, puesto que el FOMAG reconoce las prestaciones sociales del magisterio según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, mientras que la sanción moratoria claramente no es una prestación, pues no se enmarca ni en la clasificación legal ni en el fin de dicha figura cual es el amparo de las contingencias del servidor, sino un castigo o penalización por no pagar oportunamente y a la vez, reparación de los daños ocasionados al beneficiario del mismo, por ello es la Fiduciaria quien debe atender dichas solicitudes, como quiera que es la encargada de realizar las erogaciones correspondientes a las cesantías.

**La anterior ha sido la orientación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que recientemente reiteró** la Sala de decisión de la Subsección B, mediante auto del 21 de junio de 2018, Magistrada Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, numero de radicado 25000-23-42-000-2017-04738-01 (0850-2018), frente a un caso similar al que se estudia, donde una docente solicitó el pago de la sanción moratorio por pago tardío de cesantías, estableció que la respuesta

de la Fiduprevisora era un acto administrativo, y que a partir del mismo era cuando se contabilizaba la caducidad. Para ello hizo un recuento de los hechos a que hacía referencia el litigio en cuestión:

*“Encontró la Sala, que la actora solicitó el 14 de febrero de 2014 a la SED Bogotá, al FOMAG y a la Fiduprevisora S.A., el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria<sup>1</sup>, y obtuvo las siguientes respuestas:*

*El FOMAG - Bogotá, mediante Oficio S-2014-23926 del 20 de febrero de 2014<sup>2</sup>, le informó, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2381 de 2005<sup>3</sup>, que establece el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo, las gestiones a cargo de la SED Bogotá se materializaron conforme a derecho, y que las resoluciones por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de las cesantías, fueron remitidas a la entidad encargada de administrar los recursos, en este caso, a la Fiduprevisora S.A., **motivo por el cual, la respuesta de fondo deberá ser emitida por la entidad fiduciaria, y por tal razón, le dio traslado por competencia de conformidad con el artículo 21 del CPACA.***

*La Fiduprevisora S.A. por su parte, a través del Oficio 404 con radicado 2014ER00052439, expedido por la Directora de Prestaciones Económicas, y recibido el 4 de julio de 2014 por el apoderado de la actora<sup>4</sup>, le informó frente al pago de las cesantías, que la consignación se efectuó el 1° de agosto de 2013, y que actuando como vocera y administradora del FOMAG, paga las prestaciones en la medida que cuente con los recursos que son trasladados por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de Educación Nacional, lo cual se soportó en lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 014 de 2002, en la Directiva 01 del mismo año expedida por el FOMAG, y en la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado con Radicado 2002-02461-01.*

*Bajo este contexto concluyó, que mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna, pues sería contradecir los principios constitucionales y jurisprudenciales, y precisó, que los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y ordenados por un Juez de la República, orden que se debe cumplir de acuerdo al trámite establecido en el Decreto 2381 de 2005<sup>5</sup>, es decir, que una vez la secretaría de educación expida el acto de cumplimiento, el FOMAG incluye en su presupuesto el valor de la condena.*

*Finalmente, le comunicó que quedó atendida de fondo su solicitud, aclarando que dicho oficio no es válido ni considerado como un acto administrativo, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la entidad, no le permite tener competencia para emitirlos.” (Resaltado extratexto)*

---

<sup>1</sup> Folios 3 a 17.

<sup>2</sup> Folios 24 a 25.

<sup>3</sup> Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.

<sup>4</sup> Según consta en el folio 26 y vuelto.

<sup>5</sup> «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

A continuación, la Sala analizó la normatividad aplicable y concluyó que no era la Secretaría la necesariamente obligada a responder:

*“No obstante lo anterior, tal como lo dispone el artículo 3° de la Ley 91 de 1989<sup>6</sup>, el patrimonio autónomo sin personería jurídica cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria, es de la Nación; por consiguiente, habida cuenta que se encuentra en cabeza del FOMAG tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de la actora**, es ostensible que la competencia en tratándose de prestaciones sociales de los docentes, y **para el caso concreto de la solicitud de sanción moratoria** por el incumplimiento del término legal, corresponde al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sin que para ello se requiera de intervención alguna del ente territorial – Secretaría de Educación Distrital-**, razón por la cual, **no le asiste razón a la apelante, cuando pretende establecer que la respuesta a su petición debía ser atendida por el ente territorial, llámese en este caso, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.**” (subrayas y negrillas fuera de texto)*

Y entrando al caso concreto, concluyó el Consejo de Estado:

*“Así las cosas, **no existió el acto ficto negativo que aduce la demandante, por cuanto es claro para la Sala, que la respuesta emitida por la Fiduprevisora S.A. como administradora del FOMAG respecto del pago de las prestaciones económicas del personal docente afiliado a este, es un acto administrativo válido,** a pesar de que en el mismo se diga cosa diferente.*

*Ahora, descendiendo en el caso objeto de análisis, el Oficio 404 con Radicado 2014ER00052439<sup>7</sup> mediante el cual se resolvió de fondo la petición de la demandante, quedó notificado el 4 de abril de 2014<sup>8</sup>, y quedó en firme el 5 de mayo del mismo año, **fecha a partir de la cual empieza a contabilizarse el término de caducidad de la acción** que es de cuatro (4) meses, es decir que la parte actora tenía posibilidad de presentar la demanda hasta el 5 de septiembre de 2014, circunstancia que no ocurrió así, pues la conciliación extrajudicial se radicó el 31 de julio de 2017<sup>9</sup> y la demanda el 28 de septiembre de la misma anualidad<sup>10</sup>, es decir, transcurrido más de 2 años desde la ejecutoria del acto que resolvió de fondo la petición, y por ende, fuera del término de caducidad del medio de*

<sup>6</sup> «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.» «[...] Artículo 3°.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, 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 base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.»

<sup>7</sup> Visible a folio 26 y vuelto.

<sup>8</sup> Visible a folios 26 y vuelto.

<sup>9</sup> Según acta visible a folios 29 a 30.

<sup>10</sup> Folio 33.

*control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el literal d) numeral 2º del artículo 164 del CPACA<sup>11</sup>, lo que genera como consecuencia el rechazo de la demanda, conforme a la causal establecida en el numeral 1º del artículo 169 ibídem<sup>12</sup>.*

*De acuerdo con lo expresado anteriormente y el fundamento en las normas y en la jurisprudencia que se ha estudiado, se procederá a confirmar la decisión de primer instancia". (Resaltado extra texto)*

Igual tesis se aplicó en reciente fallo de esta Sala, radicado bajo el no. 2015-647-01 con ponencia del suscrito.<sup>13</sup> Esta posición ha sido seguida por otras Salas de este Tribunal.

Por las razones anteriormente expuestas, deberá confirmarse parcialmente el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Facatativá, el 23 de junio de 2022, para, en su lugar, revocar los numerales primero y segundo de dicha providencia, con el fin de admitirse el Oficio No. 20211073958931 del 30 de noviembre de 2021, proferido por la Fiduciaria La Previsora - FIDUPREVISORA S.A., y ordenar la vinculación de dicha entidad al presente proceso.

En tal virtud se,

---

<sup>11</sup> Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...].  
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...]. d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; [...].

<sup>12</sup> «Artículo 169. Rechazo de la demanda. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

1. Cuando hubiere operado la caducidad. [...].»

<sup>13</sup> Se considerará como tal, el acto expedido por la Fiduprevisora, teniendo en cuenta las siguientes razones: en otros, en el proceso del cual fue Consejera Ponente la DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en fallo del 21 de junio de 2018 EXPEDIENTE: 25000-23-42-000-2017-04738-01 (0850-2018) ORDINARIO: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. ACTOR: Flor Cecilia Ramírez Sánchez. DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A. , se planteó como Problema jurídico: “*El presente caso consiste en establecer ¿Cuál es la entidad competente para resolver las peticiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías de los docentes oficiales afiliados al FOMAG; y de esta manera, determinar si la actora presentó de manera oportuna y dentro del término legal el escrito de demanda? Para resolver lo anterior, se abordará sobre i) El concepto de la actuación administrativa y los actos acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa; ii) la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; iii) Del FOMAG, el procedimiento y la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; y iv) solución al caso concreto.*” Problema que fue resuelto, señalando **que la respuesta de la Fiduprevisora es un acto administrativo válido, por ser la competente para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria**, así: (.....)

**RESUELVE**

**CONFIRMAR PARCIALMENTE** el Auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Facatativá, el 23 de junio de 2022, para, en su lugar, revocar los numerales primero y segundo de dicha providencia, con el fin de admitirse el Oficio No. 20211073958931 del 30 de noviembre de 2021, proferido por la Fiduciaria La Previsora - FIDUPREVISORA S.A., y ordenar la vinculación de dicha entidad al presente proceso.

**NOTIFIQUESE Y DEVUELVA** el expediente al Juzgado Administrativo de origen.

**SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA**

Magistrado

**Firmado electrónicamente**

La presente providencia fue firmada electrónicamente por el suscrito magistrado en la Plataforma "SAMAI". En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.