

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Auto de interlocutorio No. 328

Villavicencio, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: ZAMIRA DE JESÚS VARELA RUÍZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN  
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -  
FOMAG Y FIDUPREVISORA LA PREVISORA S.A. -  
FIDUPREVISORA S.A.  
EXPEDIENTE: 50001-23-33-000-2019-00276-00  
TEMA: RECHAZO PARCIAL

Decide la Sala sobre la admisibilidad del presente medio de control con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho.

## I. Antecedentes

### 1. Demanda

La señora Zamara de Jesús Valera Ruíz, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso demanda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG y Fiduprevisora La Previsora S.A. -FIDUPREVISORA S.A., con el fin de que se declare i) la nulidad del acto ficto del 16 de enero de 2019, ii) la nulidad del oficio No. 20191090609531 del 26 de marzo de 2019, y iii) se declare y condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas<sup>1</sup>.

### 2. Del trámite procesal

---

<sup>1</sup> F. 3 al 15.

Mediante auto del 29 de enero de 2020 se inadmitió<sup>2</sup> la demanda de la referencia, para que en el término de diez (10) días la parte actora acreditara el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad frente a la Fiduprevisora S.A.; decisión que fue notificada mediante estado del 30 de enero de 2020<sup>3</sup>, saneamiento que no fue acatado, pues la parte actora no allegó escrito de subsanación.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

El Tribunal es competente de resolver el presente asunto conforme lo dispuesto en los artículos 125 y numeral 1° del artículo 243 del CPACA

### 2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala decidir, conforme las documentales anexas al plenario, si hay lugar o no admitir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra la Fiduciaria La Previsora S.A.

### 3. Precisiones jurídicas

- **La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad dentro del asunto objeto de examen**

Tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y teniendo en cuenta que se refiere a una petición con derechos conciliables, es requisito indispensable para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa la realización previa del trámite de conciliación extrajudicial, de acuerdo con lo señalado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001<sup>4</sup> y del artículo 161 del CPACA, que señala:

---

<sup>2</sup> F. 69 y 70.

<sup>3</sup> F. 71.

<sup>4</sup> ARTICULO 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. <Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. (...)

**“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.” (subrayado fuera del texto).

El Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección B<sup>5</sup>, ha indicado que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues si bien el estatuto de profesionalización los define como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo que encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio. Por lo tanto, les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

La Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, prevé en el parágrafo del artículo 2, cuando hay lugar al reconocimiento y pago de una sanción moratoria, a saber:

“ARTÍCULO 2o. Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Sección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Actor: JORGE LUIS OSPINA CARDONA, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, del dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018). Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

Por tanto, la sanción moratoria constituye el reconocimiento y pago a cargo de la entidad empleadora de una obligación, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, generado por el no pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos dentro de los términos de Ley, en otras palabras, es la consecuencia o penalidad por el incumplimiento a la obligación de pago oportuno de las cesantías, es decir, es un derecho meramente económico.

El artículo 56 del Decreto 1818 de 1998, señala que los conflictos de carácter particular y contenido económico que conozca o pueda conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, son asuntos conciliables, por lo que, la sanción moratoria es susceptible de conciliación.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de 23 de agosto de 2007<sup>6</sup>, considero lo siguiente sobre el tema:

“El convenio aprobado por decisión judicial incluyó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria y de cualquier otro emolumento que llegare a causarse. De manera que el pago de la sanción moratoria carece de causa en el presente proceso y, por ende, no es viable acceder a su reconocimiento pues, de hacerse, se estaría desconociendo el acuerdo de voluntades de quienes son parte y favoreciendo un enriquecimiento para el demandante y un empobrecimiento para la administración.

De otra parte, en cuanto a la procedencia de la transacción en asuntos como el sometido a consideración, la Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación, en fallo del 29 de mayo de 2003, radicación número 44001-23-31-000-1999-0530-01 (2701-02), actor Napoleón Carranza, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, sostuvo que **si bien es cierto de conformidad con el artículo 53 constitucional el trabajador tiene una limitación de carácter constitucional para la libre disposición de sus derechos laborales ciertos e indiscutibles por medio de transacción o conciliación, los derechos inciertos o discutibles, como puede ser en determinado momento el derecho a la sanción moratoria, sí pueden ser objeto de una transacción válida.**”

En el caso sometido a consideración, el derecho innegable e incuestionable que no es susceptible de transacción o conciliación es el de las cesantías. La sanción moratoria, sí es objeto de tales mecanismos alternativos de solución de conflictos laborales dado que no es una prestación social en sí misma, sino

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCIÓN SEGUNDA; SUBSECCIÓN B; Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE; Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil siete (2007); Radicación número: 673001-23-31-000-2000-02858- 01(2974-05)

una penalidad por el incumplimiento de una obligación.” (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, cuando los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho versen sobre el reconocimiento y pago de una sanción moratoria e intereses, por el pago tardío de las cesantías, es exigible el trámite de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que estos derechos laborales son inciertas y discutibles, con carácter meramente económico.

#### - **Rechazo de demanda por no subsanar**

Respecto del rechazo de la demanda tenemos que efectivamente el numeral 2 del artículo 169 del C.P.A.C.A. contempla como causal la no subsanación dentro de la oportunidad legalmente establecida, a saber:

**“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.
2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.
3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.”

No obstante, el H. Consejo de Estado<sup>7</sup> ha sostenido que no cualquier irregularidad sobre todo si es meramente formal conlleva al rechazo de la demanda, así:

“4.2.4.- La primera etapa del proceso judicial en la que el Juez ejerce su potestad de saneamiento es al momento de estudiar la demanda para su admisión. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que si bien el Juez puede inadmitir la demanda para que se adecúe conforme a los requisitos legales, no cualquier irregularidad, sobre todo si es meramente formal, conlleva al rechazo de aquella, ya que las causales de inadmisión pueden reputarse como taxativas, amén de que esas irregularidades, en virtud de la potestad de saneamiento, puedan corregirse en etapas posteriores del proceso.  
(...)”

## 4. **Caso concreto**

---

<sup>7</sup>CONSEJO DE ESTADO; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCION CUARTA; consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMÍREZ; Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013); Radicación número: 08001-23-333-004-2012-00173-01(20135); Actor: SOCIEDAD DORMIMUNDO LTDA.; Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

Surtido el trámite administrativo ante la Secretaría de Educación del Guaviare, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG y Fiduprevisora S.A, para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas solicitadas, la señora Zamara de Jesús Valera Ruíz, mediante apoderado y ejerciendo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra el FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A., sin embargo, junto con el escrito de demanda se allegó constancia de conciliación extrajudicial<sup>8</sup>, donde se observa como convocado únicamente a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG.

Razón por la que, mediante auto del 29 de enero de 2020 se inadmitió el medio de control presentado, para que, en el término otorgado, acreditara el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad frente a la Fiduprevisora S.A., sin embargo, vencido el término otorgado la parte actora no subsanó la demanda incoada.

El agotamiento del requisito de procedibilidad en cuanto a la conciliación extrajudicial, es un presupuesto obligatorio para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando se trata de asuntos conciliables, que, para el caso de asuntos laborales, se trata de aquellos derechos inciertos y discutibles<sup>9</sup>.

En el *sub examine*, se observa que la discusión versa sobre el reconocimiento de una sanción moratoria e intereses, por el pago tardío de las cesantías definitivas a la docente Zamira de Jesús Varela Ruíz, derechos laborales que son considerados inciertos y discutibles, de carácter meramente económico y por tanto, conciliables.

En consecuencia, al no haberse acreditado con la presentación de la demanda y en el término de subsanación, el agotamiento de la conciliación extrajudicial frente a la Fiduciaria La Previsora S.A, se rechazará la demanda frente a esta, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 161 y el numeral 2 del artículo 169 del CPACA, puesto que este requisito de procedibilidad, no es objeto de saneamiento en etapa posterior.

---

<sup>8</sup> F. 57.

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCIÓN SEGUNDA; SUBSECCIÓN A; Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 27001 23 33 000 2013 00109 01 (1090-2014).

En este punto, es menester recordar que la competencia para el reconocimiento de prestaciones sociales del magisterio, radica de manera exclusiva en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56<sup>10</sup>; de manera que si bien la Fiduciaria tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial correspondiente, a quien le se le atribuye la función de expedir el acto administrativo correspondiente por el cual se dispone el pago de la prestación, conforme lo señalan los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

Aunado a lo anterior, las pretensiones incoadas no solo se dirigen a obtener la nulidad del oficio emitido por la Fiduprevisora, sino del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo frente a la petición presentada el 16 de enero de 2019 ante la Secretaría de Educación del Guaviare- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>11</sup>, por lo que el rechazó de la demanda será parcial, de manera que se resolverá mediante auto por separado, sobre la admisibilidad del acto administrativo expedida por esta última entidad. En consecuencia, una vez ejecutoriada esta providencia, ingrésese el asunto al despacho para lo pertinente.

Recapitulando, se rechazará parcialmente la demanda formulada en contra de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., por no haberse agotado frente a esta, el requisito de la conciliación prejudicial.

Por lo expuesto, se

## RESUELVE

**PRIMERO: RECHAZAR PARCIALMENTE** el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a la Fiduciaria La Fiduprevisora S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia de 27 de julio de 2016. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 25000234200020140217701 (5021 – 2015).

<sup>11</sup> F. 3, C1.

**SEGUNDO:** Una vez ejecutoriada esta providencia, ingrédese el asunto al despacho, para lo pertinente.

**Notifíquese y cúmplase,**

Discutida y aprobada virtualmente por la Sala de Decisión de la fecha, según consta en Acta No. 025.



NELCY VARGAS TOVAR

**Magistrada**

*(Ausente con excusa)*

CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ  
**Magistrada**



CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO  
**Magistrado**