

MEMORANDO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
	I-2014-57909
Fecha	12- 11- 2014
No. Referencia	

DE: CAMILO BLANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA: JANINE PARADA NUVAN
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

ASUNTO: Concepto sobre la solicitud de interposición de la acción de lesividad contra la Resolución 8477 del 27/12/2013 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoce, sustituye y paga la cesantía definitiva del docente LUIS FLORENCIO ÁLVAREZ (Q.E.P.D.)

REFERENCIA: I-2014-50426 del 02/10/2014, radicado el 07/10/2014

Respetada doctora

En respuesta al radicado de la referencia, en el cual solicita el inicio de la acción de lesividad contra la Resolución 8477 del 27/12/2013, por medio de la cual se reconoció, sustituyó y se pagó la cesantía¹

¹ Sentencia 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ) del 27/03/2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

"5.1. La cesantía, fines, normatividad regulatoria y aplicabilidad.

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la [Ley 6 de 1945](#) que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

La [Ley 65 de 1946](#), en el artículo 1º, ordenó que: "Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro."

El [Decreto 1160 de 1947](#), artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El [Decreto 3118 de 1968](#), que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la [Ley 41 de 1975](#).

Con la expedición del [Decreto 3118 de 1968](#) empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual.

Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

En el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la [Ley 6 de 1945](#), del [Decreto 2767 de 1945](#), de la [Ley 65 de 1946](#) y del [Decreto 1160 de 1947](#), que consagran su pago en forma retroactiva.

A partir de la expedición de la [Ley 344 de 1996](#) se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

definitiva del docente LUIS FLORENCIO ÁLVAREZ (Q.E.P.D.) con C.C. 4.242.450, a su esposa MYRIAM DEL CARMEN FONSECA DE ÁLVAREZ (50%) y los hijos CLAUDIA FENNEY ÁLVAREZ FONSECA (16%), LUIS YEZID ÁLVAREZ FONSECA (16%) Y JUAN DAVID ÁLVAREZ FONSECA (16%), por cuanto en dicho acto se desconocieron los derechos de la compañera permanente² MYRIAM BARRERO MANDEZ y las hijas extramatrimoniales INGRID ELIZABETH ÁLVAREZ BARRERO y KAREN VIVIAN ÁLVAREZ BARRERO, emitimos el siguiente concepto:

1. Vocación de propiedad de la acción de lesividad en este caso. Por vía de la acción de lesividad no vemos ninguna vocación de prosperidad de nuestra pretensión de devolución de los dineros pagados en exceso a la esposa e hijos matrimoniales del docente LUIS FLORENCIO ÁLVAREZ (Q.E.P.D.), en atención a los múltiples antecedentes jurisprudenciales de casos similares, en los cuales se ha dejado claramente sentado que:

a. Quien paga mal, paga dos veces^{3 4}.

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el [Decreto 1582 de 1998](#), para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la [Ley 50 de 1990](#).

El [Decreto 1582 de 1998](#), dictado en el marco de la [Ley 4ª de 1992](#) para reglamentar los artículos 13 de la [Ley 344 de 1996](#) y 5º de la [Ley 432 de 1998](#), dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º.-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](#).

Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la [ley 432 de 1998](#).”.

Por su parte la [Ley 244 de 1995](#) fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación.

La finalidad del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas quedó configurada en la exposición de motivos, en la cual el ponente del proyecto manifestó:

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.”¹¹.

En este sentido cabe afirmar que la [Ley 244 de 1995](#), artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.”

² En este punto se aclara que conforme al artículo 1 de la Ley 54/90, mientras subsista el vínculo matrimonial, no puede configurarse una unión marital de hecho.

³ Sentencia 2012-00072 del 23/04/2012 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

⁴ Sobre las reglas de a quién y cómo debe realizarse el pago, ver también los artículos 1634 a 1644 y 1648 a 1652 del Código Civil.

- b. Cuando la Administración con ocasión de su propio error emite en contravía del ordenamiento legal un acto administrativo que perjudica sus intereses patrimoniales y beneficia al administrado que actúa con buena fe, dicha situación no le puede generar a éste la obligación de devolución de las sumas que se le pagaron en exceso.^{5 6 7}

2. Efectos de la acción de lesividad en las circunstancias del caso concreto. Desde esa óptica jurídica, al final, la acción de lesividad será un recurso meramente formal que en nada resolverá el error en el pago de las cesantías –que es a donde se supone apuntaría la acción-, ni tampoco garantizará ni protegerá los derechos de la compañera con quien pudo haber convivido y las hijas extramatrimoniales, como es la obligación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (**FNPSM**) y la Secretaría de Educación del Distrito (**SED**), de acuerdo a los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 Constitucional. Inclusive, el resultado final, en caso de que la compañera y las hijas extramatrimoniales decidan demandar, como es apenas previsible, puede ser que además el FNPSM tenga que pagarles intereses de mora sobre las sumas a las que éstas tienen derecho.

3. Concepto de cesantías. Legalmente las prestaciones sociales se han considerado como pagos, representados en dinero o en especie, que el empleador le debe hacer al empleado, bien sea de manera directa o por intermedio de las entidades de previsión, con la finalidad de cubrir los riesgos o las necesidades de este último, que encuentren su origen en la relación laboral.

Dentro de estas prestaciones se encuentra el Auxilio de Cesantías, que se ha concebido por la ley, como la suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a razón de un mes de salario por cada año de servicio⁸, al momento en el que se finiquita la relación de trabajo y que tiene por finalidad, prever las necesidades que se originan para el empleado ante el cese de la actividad productiva.

4. Procedimiento para pago de cesantías en caso de existencia de proceso sucesoral y disputa entre herederos concurrentes. El FNPSM, previo al pago, debía analizar cuidadosamente si existe un juicio de sucesión sobre los bienes del causante, si en los inventarios y avalúos del mismo hay alguna partida sobre las cesantías y si existe algún conflicto sucesoral sobre el pago de este auxilio entre la esposa y la compañera, pues conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, en ese caso es claro que, tal disputa, en tanto que gravita en torno a la reclamación de unos derechos sucesorales entre herederos concurrentes, le compete al Juez de

⁵ Sentencia 0807-08 del 20/10/2010 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

⁶ Sentencia 0949- 2006 del 08/05/2008 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

⁷ Sentencia 1575-2011 del 10/07/2014 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

⁸ Desde la Ley 10 de 1934, cuando se creó el Auxilio de Cesantías para el empleado particular y con motivo de su despido injusto, pasando por la Ley 6ª de 1945, que lo consagró expresamente como prestación social para los empleados y obreros nacionales, y por la Ley 65 de 1946, que lo extendió a todos los asalariados cualquiera fuera la causal de retiro, luego por el Código Sustantivo de Trabajo y por la Ley 50 de 1990, siempre este auxilio se ha determinado en razón a un mes de salario por cada año de servicio.

⁹ Sentencia 1575-2011 del 10/07/2014 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Familia, quien según las pruebas que en el proceso reposen debe determinar, cuál de esas dos personas comprobó tener un mejor derecho herencial respecto de los bienes sociales.

Bajo ese contexto, el FNPSM debía dejar en suspenso el pago del 50% de la suma liquidada por cesantías correspondiente a la esposa y/o compañera con quien el causante eventualmente pudo haber convivido en su últimos años, hasta que el Juez de Familia adjudique el derecho en el proceso sucesoral.

5. Procedimiento para pago de cesantías en caso de que no exista juicio sucesoral y litigio entre herederos concurrentes. Ahora bien, si no existieron los presupuestos mencionados en el punto anterior, la Oficina Asesora Jurídica encuentra viable jurídicamente la posibilidad de expedir un nuevo acto administrativo, sin necesidad de revocar la Resolución 8477 del 27/12/2013, que:

- a. Reconozca a la compañera y a las hijas extramatrimoniales el derecho que tienen sobre determinado porcentaje de las cesantías del docente LUIS FLORENCIO ÁLVAREZ (Q.E.P.D.).
- b. Ordene a la esposa y los hijos extramatrimoniales devolver, dentro de un término claro y expreso, las sumas pagadas en exceso, de conformidad con el derecho que también les asiste a la compañera y a las hijas extramatrimoniales.
- c. Disponga que una vez realizada por parte de la esposa y los hijos matrimoniales la devolución de los dineros pagados en exceso, se ordene el pago de los mismos a la compañera y/o las hijas extramatrimoniales.

Bajo ese contexto, para la expedición de este nuevo acto, dado que en estricto sentido no se trata de una revocatoria de la Resolución 8477 del 27/12/2013, no es necesaria la autorización previa, expresa y escrita de la esposa y los hijos matrimoniales del docente fallecido.

Asimismo, el acto que reconoce a la compañera y a las hijas extramatrimoniales el derecho que tienen sobre determinado porcentaje de las cesantías del docente LUIS FLORENCIO ÁLVAREZ (Q.E.P.D.) encuentra pleno fundamento jurídico en el artículo 212.1¹⁰ del Código Sustantivo de Trabajo -en concordancia con el artículo 258¹¹ ibídem-, según el cual, en caso de que posteriormente al pago de cesantías a quienes en principio hayan probado su calidad de beneficiarios, aparecieran otros beneficiarios, aquellos que hubieren recibido el valor de la

¹⁰ **Artículo 212.-Pago de la prestación por muerte.**

- 1) La calidad de beneficiario de la prestación establecida en el ordinal e del artículo 204 se demuestra mediante la presentación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles, o de las pruebas supletorias que admite la ley, más una información sumaria de testigos que acrediten quienes son los únicos beneficiarios, declarándolos por su número y nombres precisos y la razón de serlo. Comprobada así dicha calidad y hecho el pago a quienes resulten beneficiarios, el patrono respectivo se considera exonerado de su obligación, y **en caso de que posteriormente aparecieran otros beneficiarios, aquellos que hubieren recibido el valor de la prestación están solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan.** (Negritas y subrayado fuera de texto).

¹¹ **Artículo 258.-Modificado por la Ley 11 de 1984, Artículo 11. Muerte del trabajador.** El auxilio de cesantía, en caso de muerte del trabajador, no excluye el pago del seguro de vida obligatorio, y cuando aquel no exceda del equivalente a cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual más alto, se pagará directamente por el patrono de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo.

prestación están solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan.

- 6. Aprobación de la Fiduprevisora del acto que reconoce el derecho sobre las cesantías del causante a los demás beneficiarios.** Respecto de la aprobación previa de la FIDUPREVISORA en relación con el acto modificatorio de la Resolución 8477 del 27/12/2013, consideramos que la misma resulta plausible habida cuenta de que no se está ordenando un pago adicional sino uno supeditado a la devolución del dinero pagado de más, en virtud de la aparición de otros beneficiarios, conforme lo establece el artículo 212.1 del Código Sustantivo de Trabajo. Lo anterior, en aras de garantizar y proteger los derechos de la compañera y las hijas extramatrimoniales, que en últimas, es la razón de existir tanto del FNPSM como de la Fiduciaria La Previsora S.A., en su calidad de entidades estatales.
- 7. Solución propuesta también evita una acción de repetición.** La alternativa en comento se propone, no solo con el fin de evitar todo el tiempo que tomaría la resolución de una acción de lesividad que muy posiblemente no solucione nada, sino también la futura acción de repetición que habría que iniciar en contra del servidor(es) o ex servidor(es) público(s) o particular(es) que investido(s) de una función pública, que como consecuencia de su conducta gravemente culposa, eventualmente van a dar lugar al reconocimiento indemnizatorio, ya sea por sentencia o conciliación, a favor de la compañera y/o las hijas extramatrimoniales del docente LUIS FLORENCIO ÁLVAREZ (Q.E.P.D.).
- 8. Proceso de cobro en caso de que los actuales beneficiarios no devuelvan los dineros para satisfacer el derecho a los demás beneficiarios.** Ahora bien, si proferido el acto que reconoce a la compañera y a las hijas extramatrimoniales el derecho que tienen sobre determinado porcentaje de las cesantías del docente LUIS FLORENCIO ÁLVAREZ (Q.E.P.D.), la esposa y los hijos matrimoniales no realizan la devolución de las sumas pagadas en exceso dentro del término establecido, el FNPSM, a través del Ministerio de Educación Nacional, puede iniciar el respectivo cobro coactivo, de conformidad con lo establecido en las leyes 6 de 1992 y 1066 de 2006, y demás normas complementarias y reglamentarias, teniendo en cuenta que se trataría de una obligación clara, expresa y exigible.
- 9. Recomendación para evitar a futura inconvenientes como el de este caso.** Para evitar que dos peticiones sobre prestaciones sociales de un mismo docente sean resueltas de manera independiente, desarticulada y en tiempos distintos, respetuosamente sugerimos que el reparto se realice por docente y no por peticiones, con miras a garantizar que todas las peticiones sobre prestaciones de un mismo docente las resuelva un mismo funcionario.

El concepto emitido en este documento, se profiere en los términos establecidos en el artículo 28 del C.P.A.C.A., según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

CAMILO BLANCO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Javier Bolaños Zambrano