

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 30 de septiembre de 2020

Auto Interlocutorio No. 64

**MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
EXPEDIENTE:	76147-33-33-002-2018-00374-01
DEMANDANTE:	GRACIELA MORALES GARCÍA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG
ASUNTO	<b>CONFIRMA AUTO</b>

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Nación – Mineducación - Fomag, contra la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cartago en la audiencia inicial llevada a cabo el 27 de septiembre de 2019, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Valle del Cauca.

**II. ANTECEDENTES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Graciela Morales García demandó a la NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG y Departamento del Valle del Cauca, para que se declare la nulidad de los Oficios No. 201810700985881 del 24 de marzo de 2018 y No. 20181090554581 del 18 de abril de 2018, que negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare que la demandante tiene derecho a que el FOMAG reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en virtud de lo dispuesto en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006.

**III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:**

Mediante auto interlocutorio No. 2000 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cartago en la audiencia inicial del 27 de septiembre de 2019, se declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la



Radicación : 76147-33-33-002- 2018-00374-01  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : GRACIELA MORALES GARCÍA  
Demandado : NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG

2

causa por pasiva de la Secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca. Los argumentos expuestos fueron los siguientes:

*“Por otro lado, la demandada DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, en el proceso bajo el radicado (2018-00269), propuso la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, considerando que se encuentra en cabeza de la Nación – Min. Educación – Fomag el pago de la sanción moratoria.*

*El Despacho declara probada tal excepción, dado que como se dijo, es el FOMAG por mandato legal a quien se le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales.*

*En este mismo sentido y teniendo en cuenta lo previamente expuesto, se encuentra probada de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva de las Secretarías de Educación Municipal de Cartago y del Departamento del Valle del Cauca, en los procesos bajo los radicados (2017-00287) y (2018-00374) respectivamente, en consecuencia se procederá a desvincular a las mismas del presente trámite.*

*Ahora bien, como contra argumento a la desvinculación de los entes territoriales demandados, el despacho pone de presente que si bien el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955, indica una responsabilidad en la mora de los entes territoriales al momento de expedir los actos administrativos que reconoce las cesantías a los docentes, no lo es menos que los efectos de dicha ley no tiene efecto retroactivos, por lo que tal apreciación se tendrá en cuenta para los procesos que se presenten posteriormente a la expedición de la citada ley.”.*

#### **IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

La apoderada judicial del FOMAG, presentó recurso de apelación contra la decisión tomada por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cartago, argumentado (min 22:02):

*“En los presentes casos se debe tener en cuenta, que en el contradictorio debe estar el ente territorial por cuanto es el encargado de la expedición y notificación del acto administrativo de reconocimiento de cesantías de los actores y sobre quien recae la responsabilidad por mora en el pago de esa prestación social al no haber expedido y notificado el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones dentro del término de 15 días hábiles siguientes posteriores a la fecha de la solicitud, respecto de la integración del contradictorio el artículo 61 de la Ley 1564 de 2012 señaló lo siguiente: “(...)”, quiere decir lo anterior, que todas las partes que puedan tener incidencia en el proceso deben estar citadas dentro de la litis para integrar el contradictorio con el objeto de que se garantice el derecho de defensa y contradicción de las partes intervinientes previo a emitir una sentencia de fondo, todo ello con el objeto de evitar cualquier vicio que pueda representar una nulidad dentro del proceso. En ese orden de cosas, necesariamente el ente territorial debe estar vinculado al presente proceso, postura que adquiere mayor firmeza con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 “(...)”*

## V. CONSIDERACIONES:

### 5.1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer si en el presente asunto es procedente declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca en calidad de demandada.

### 5.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El Despacho debe hacer precisión respecto al concepto de falta de legitimación, para ello se trae a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en providencia del 22 de julio de 2019, que señaló<sup>1</sup>:

*“1. La legitimación en la causa por pasiva ha sido entendida por esta Corporación como la relación sustancial que debe existir entre las partes del proceso, para que las personas que formulan la demanda, así como aquellas a las que se les exige una determinada obligación estén habilitadas por la ley para actuar procesalmente<sup>2</sup>. Sobre el particular se ha sostenido lo siguiente<sup>3</sup>:*

*La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. La legitimación en la causa está directamente relacionada con el objeto de la litis, es decir, se trata de un elemento sustancial vinculado con la pretensión, en ese sentido, no constituye un presupuesto procesal, como sí lo es la legitimación para el proceso (...)”* (Subraya fuera de texto)

En providencia del 20 de febrero de 2019 el Consejo de Estado, estableció<sup>4</sup>:

*“La legitimación en la causa es un elemento sustancial que corresponde a la calidad o al derecho que tiene una persona para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda, como sujeto de la relación jurídica sustancial; de esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-. En este sentido, se entiende que la primera (la legitimación por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo y, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo, al paso que la segunda (la legitimación por pasiva), es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado.*

*La falta de legitimación en la causa por pasiva se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así,*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-36-000-2017-00621-01(63282).

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, auto del 25 de septiembre de 2013, exp. 55205, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 13 de julio de 2016, exp. 1997-50330, C.P. Enrique Gil Botero. También ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 34313, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>4</sup> Consejo De Estado, Sección Tercera - Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00778-01(62884).



Radicación : 76147-33-33-002- 2018-00374-01  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : GRACIELA MORALES GARCÍA  
Demandado : NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG

4

*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<sup>5</sup>.*

### 5.3. CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 320<sup>6</sup> del CGP, aplicable por remisión del artículo 306<sup>7</sup> del CPACA, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, pronunciándose solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.

A su turno, el artículo 328 ibídem dispone entre otros aspectos que: *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

Del tenor literal de la norma en cita, el Despacho concluye que la voluntad del legislador es que, en virtud del recurso de apelación el superior estudie y revise la decisión proferida por el *a quo*, pero con una característica especial, y es que dicha instancia se limita a aquellos precisos cargos expuestos por el recurrente al sustentar su inconformidad, los cuales, se encuentran limitados, en virtud de la congruencia, a lo decidido por el juez en primera instancia.

En el presente asunto, se tiene que la señora Graciela Morales García presentó demanda contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y contra el Departamento del Valle del Cauca, con el objeto de solicitar la nulidad de los oficios expedidos por el FOMAG.

El Departamento del Valle del Cauca en la contestación de la demanda propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que según el libelo de la demanda, lo que se pretende es que se reconozca y pague la sanción moratoria y la indexación correspondiente por el no pago de las cesantías parciales, por cuanto el Departamento del Valle del Cauca no es competente para reconocer y pagar dicha prestación social que se encuentra a cargo del FOMAG.

En este orden de ideas y con el objeto de analizar la necesidad de la permanencia del Departamento del Valle del Cauca en el presente asunto, resulta pertinente citar lo que establecen los artículos 2 y 3 del Decreto No. 2831 del 16 de agosto del 2001, respecto del trámite que debe darse a las

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, (exp. 51.514).

<sup>6</sup> **Artículo 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

<sup>7</sup> ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

solicitudes prestacionales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

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

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

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

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

- 1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.*
- 5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.*





Radicación : 76147-33-33-002- 2018-00374-01  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : GRACIELA MORALES GARCÍA  
Demandado : NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG

6

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

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

De acuerdo con la normatividad anterior, infiere el Despacho que los docentes deben radicar ante la Secretaría de Educación de la entidad territorial correspondiente, las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales que estén a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual a su vez deberá elaborar el respectivo acto administrativo de reconocimiento para remitirlo a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, con el objeto de obtener de dicha entidad la transferencia de los dineros correspondientes al pago.

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>8</sup> en jurisprudencia reciente de la siguiente forma:

*“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad competente para reconocer y pagar las prestaciones de sus docentes afiliados, como lo indica el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, así:*

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

*1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.(...)”.*

*A su turno, el Decreto 1775 del 3 de agosto de 1990<sup>9</sup>, expedido por el Presidente de la República, en los artículos 5, 6, 7 y 8 reglamentaba el trámite para las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio. Sin embargo, posteriormente, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005<sup>10</sup> dispuso que las prestaciones sociales son reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial Certificada donde está vinculado el docente.*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, sección segunda, Subsección B, sentencia del 2 de octubre de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 50001-23-33-000-2014-00119-01(3432-16).

<sup>9</sup> “por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de que trata la Ley 91 de 1989”.

<sup>10</sup> “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”. “ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”.



Radicación : 76147-33-33-002- 2018-00374-01  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : GRACIELA MORALES GARCÍA  
Demandado : NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG

7

*A partir de la lectura de estas normas, la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que el Fondo tiene la función de (i) aprobar el acto que reconoce y de (ii) pagar la prestación del docente. También se ha destacado que la Secretaría de Educación del ente territorial actúa en nombre del fondo, el cual, por ende, no está legitimado por pasiva frente al reconocimiento y pago de las cesantías, pues solo tiene a su cargo la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento que sea aprobado por la entidad fiduciaria, siendo el fondo quien concreta el pago. Así se consideró en el auto del 26 de abril de 2018 al indicar lo siguiente:*

*“(…) en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.”<sup>11</sup>.*

*En consecuencia, en vista que el pago de las cesantías le compete exclusivamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, esté también debe cancelar la sanción moratoria. Por este motivo, la Sala mantendrá la posición respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación decretada por el Tribunal Administrativo del Meta”.*

En este orden de ideas, claramente puede inferirse que en el presente asunto únicamente resulta necesaria la comparecencia del Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por cuanto es esta, la que ordena el pago de las sumas que le presente la Secretaría de Educación correspondiente, luego de efectuar el reconocimiento de las prestaciones sociales que halle configuradas a favor de los peticionarios.

Significa lo anterior que, en caso de que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, será el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, el que deberá girar las sumas de dinero necesarias para efectos de que el ente territorial efectúe el pago, razón por la cual, no es necesaria la comparecencia del Departamento del Valle del Cauca en el presente asunto, por lo que se confirmará la providencia que declaró de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por lo anterior, el Despacho confirmará el auto interlocutorio No. 2000 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cartago en la audiencia de inicial del 27 de septiembre de 2019.

En consecuencia, se;

## **RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** el auto interlocutorio No. 2000 proferido en audiencia de inicial del 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 68001-23-33-000-2015-00739-01 (0743-2016).

Radicación : 76147-33-33-002- 2018-00374-01  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : GRACIELA MORALES GARCÍA  
Demandado : NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG



8

Oral de Cartago, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** En firme la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT**  
**Magistrado**