

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Auto Interlocutorio No. 274

MAGISTRADO PONENTE: VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
EXPEDIENTE:	76111-33-33-002-2018-00165-01
DEMANDANTE:	FERNANDO BEJARANO MARMOLEJO abogadooscartorres@gmail.com
DEMANDADO:	MINEDUCACION-FOMAG notificacionesjudiciales@minieducación.gov.co MUNICIPIO DE TULUÁ Juridico@tulua.gov.co FIDUPREVISORA procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co
ASUNTO	REVOCA RECHAZO DE LA DEMANDA.

Providencia discutida y aprobada en acta de Sala de la fecha

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso apelación propuesto por la parte demandante contra la decisión de declarar probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Tuluá e inepta demanda respecto de la Nación- Ministerio de Educación-FOMAG, en audiencia inicial del 10 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Guadalajara de Buga.

II. ANTECEDENTES

El señor Fernando Bejarano Marmolejo solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 310-044-026-2477 del 03 de agosto de 2016, expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Tuluá, que negó el reajuste de su pensión ordinaria de jubilación y descuentos por salud, afirmando que la ley 91 de 1989 creó el FOMAG para atender las prestaciones sociales de los docentes, el decreto 3752 de 2003 reglamentó el proceso de afiliación al FOMAG y el pago se hará a través de la FIDUPREVISORA, mientras la ley 100 reguló el monto de las cotizaciones, por lo cual si bien la secretaria de educación tiene alguna participación activa en diferentes trámites de las prestaciones sociales, esa es una competencia del FOMAG-FIDUPREVISORA.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se declare que pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, por tanto, su pensión ordinaria de jubilación debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con la Ley 91 de 1989 y lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, respectivamente; y deben cesar los descuentos del 12% por salud.

III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:

El Juzgado declaró probadas, de oficio, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Tuluá y la de ineptitud sustancial de la demanda

Sustentó la decisión con el siguiente argumento:

El MUNICIPIO DE TULUÁ no es la entidad competente para resolver la solicitud elevada por el demandante y por ello no efectuó un pronunciamiento de fondo frente a las pretensiones, lo cual conllevaría a proferir una decisión inhibitoria. En tal virtud está probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de esa entidad territorial comoquiera que dicho ente no tiene la facultad para pronunciarse sobre las solicitudes prestacionales deprecadas por el accionante.

Adicionalmente señaló que sería del caso continuar el proceso únicamente en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN — FOMAG, pero, el acto demandado no fue proferido por dicha entidad, quedando el juzgado sin actos a los que se deba efectuar control de legalidad.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora presentó recurso de apelación argumentando que el acto demandado fue expedido por la Secretaria de Educación, dependencia encargada de resolver las solicitudes que en materia pensional se eleven a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG y actúa a través de ésta.

V. CONSIDERACIONES:

5.1 Problema Jurídico

¿El oficio por el cual un profesional universitario de la Secretaria de Educación de Tuluá se pronunció sobre los descuentos por Seguridad Social sobre las mesadas pensionales ordinarias y adicionales y ajuste de la pensión ordinaria de jubilación del actor es un acto administrativo definitivo y de fondo que permite vincular procesalmente al Municipio de Tuluá, la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación - FOMAG para su control judicial?

TESIS DE LA SALA

El oficio suscrito por el profesional universitario de la Secretaria de Educación es un acto administrativo definitivo y de fondo que es pasible de control judicial y permite vincular procesalmente al Ministerio de Educación - FOMAG y a la Fiduprevisora.

Por tanto, se revocará la decisión de declarar probada la excepción de inepta demanda y se confirmará la decisión de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO CONCRETO.

- **DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS**

El artículo 100 de la Ley 1564 de 2012 enlistó las excepciones previas, dentro de las cuales se encuentra: “5. *Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones*”.

Se acude a esta norma por remisión expresa del artículo 306 del CPACA.

Su finalidad es corregir vicios formales o poner en evidencia falencia de tal entidad que impidan continuar el curso del proceso, *ab initio*, para evitar el desgaste procesal o la sentencia inhibitoria¹

Conforme al artículo 180 del CPACA, las excepciones previas, y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, que son de naturaleza mixta, se resolverán en la audiencia inicial.

- **DE LA EXCEPCIÓN PREVIA DE INEPTITUD DE LA DEMANDA.**

La Sección Segunda del Consejo de Estado reconoce la “ineptitud de la demanda por la falta de cualquiera de los requisitos formales” como una excepción previa siempre que los defectos encontrados no configuren ninguna de las otras excepciones preestablecidas en la ley para adoptar medidas de saneamiento².

¹ [\[1\]](#) Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. [\[2\]](#) CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN - Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil quince (2015) - Radicación número: Acto25000-23-25-000-2004-00247-01(1886-12) demandante: JOSE AGUSTÍN MORA TORRES - Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL -UAEAC-, y COMO LITISCONSORTE NECESARIO AVIANCA S.A.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia de 21 de abril de 2016, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Rad. 47-001-23-33-000-2013-00171-01 (1416-2014).

Lo anterior fue reiterado en providencia del 25 de abril de 2019³.

- **LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITIVOS.**

El artículo 43 del CPACA define:

“Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que **decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación**”. (negrilla fuera del texto)

Respecto a la noción de acto administrativo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2001⁴, sostuvo:

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”.

Por su parte el Consejo de Estado, en providencia del 4 de marzo de 2010⁵, señaló:

“El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman”.

Y en providencia de 2015⁶ acotó: *“no todo acto de la Administración tiene la vocación o cualidad de producir efectos jurídicos, en este sentido, se diferencian los actos administrativos, que sí gozan de tal condición, de los actos de la Administración, entendidos como meramente declarativos, es decir, que son manifestaciones unilaterales de las autoridades administrativas que no producen efectos jurídicos a los administrados, ni a favor ni en contra”.*

En pronunciamiento de 27 de mayo de 2019 el Consejo de Estado señaló⁷:

“Actos susceptibles de control.

El acto administrativo, constituye la expresión de voluntad unilateral de la Administración destinada a producir efectos en el mundo jurídico, y que dependiendo el ámbito en que éstos se extienden, pueden ser de contenido general o particular.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 25 de abril de 2019, Consejero Ponente: WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ. Rad: 25000-23-42-000-2016-03390-01(4082-17)

⁴ MP. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ Sentencia de 4 de marzo de 2010, Expediente: 2003-00360-01(3875-03), Sección Segunda, Subsección “A”, Magistrado ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de junio de 2015, Rad. 2011-00271-00, MP. María Elizabeth García González.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia del 27 de mayo de 2019. Rad. 05001-23-33-000-2016-01960-01(4878-16).

Los actos particulares, se distinguen claramente porque los efectos proseguidos a partir de su expedición son verificables en una situación concreta que se crea, se modifica o se extingue, de suerte que los mandatos contenidos en él solo afectan al interesado.

De lo anterior, se colige que solo aquellos actos que produzcan efectos tienen trascendencia material para verificarse su contenido en sede gubernativa y judicial en uso de los mecanismos previstos por el legislador, de ahí que, normativamente reciban el calificativo de actos definitivos al decidir la actuación de manera directa o indirecta, y como tal, son los únicos pasibles de ser acusables.”. (negrillas del Tribunal)

Tal como se ha señalado en los precedentes anteriores, son enjuiciables ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa los actos administrativos que ponen fin a la actuación o que hacen imposible la continuidad de los mismos.

- **LAS SECRETARIAS DE EDUCACION, LA FIDUPREVISORA Y LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG.**

El artículo 9 de la ley 91 de 1989 establece: *“Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.”.*

La Ley 962 de 2005, a través de 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”, en su artículo 56 dispuso:

“Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de prestaciones sociales del magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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”.

El Decreto 2831 de 2005, establece:

Artículo 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría 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 la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º 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 secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la



Radicación : 76111-33-33-002-2018-00165-01
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
Demandante : FERNANDO BEJARANO MARMOLEJO
Demandado : NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG Y OTROS

6

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 esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario 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 de 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 este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1º. 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.

Parágrafo 2º. 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.

5.2 CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 328⁸ del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 306⁹ del CPACA, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, pronunciándose solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.

Recapitulando, el juez declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por considerar que no hay un acto demandado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG.

⁸ ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. 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.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

⁹ 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.



Radicación : 76111-33-33-002-2018-00165-01
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
Demandante : FERNANDO BEJARANO MARMOLEJO
Demandado : NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG Y OTROS

7

Al respecto debe aclararse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, la entidad competente para reconocer, reliquidar y reajustar las pensiones de los docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES – FOMAG y que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 la respuesta a dichas peticiones deberá ser proyectada por las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas o de la dependencia que haga sus veces¹⁰.

Ahora bien, en la parte final del oficio 310-044-026-2477 del 3 de agosto de 2016¹¹ el profesional universitario del MUNICIPIO DE TULUÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, plasmó que:

“(…) A manera de conclusión, podemos indicar que, si bien la Secretaría de Educación Municipal de Tuluá tiene alguna participación activa en los diferentes trámites de las prestaciones sociales, esta es una competencia de la FIDUCIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en cabeza hoy en día de la ENTIDAD FIDUCIARIA - FIDUPREVISORA.

Por lo anteriormente expuesto, no procede acceder a sus pretensiones (…)”

Empero, lo cierto es que, en el cuerdo del oficio, el funcionario se refirió al marco normativo aplicable y las obligaciones de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG respecto de las prestaciones sociales de los docentes, así como a los descuentos para salud y pensiones, temas que el peticionario le solicitó revisar para reajustar su pensión ordinaria.

Por tanto, el oficio contiene una decisión de fondo a lo pedido, basada en premisas jurídicas expresas y tácitas, de tipo jurídico y fáctico, dirigidas a negar lo pedido.

Finalmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en 2005¹², la Corte Constitucional en 2012¹³ y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, en 2016¹⁴, reiteran que las prestaciones de que trata la Ley 98 de 1983 están a cargo de la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG.

Por tanto, el ente territorial no está legitimado en la causa para comparecer al proceso en el que se debaten actos administrativos relacionados con esas

¹⁰ Al respecto, ver sentencia del 18 de enero de 2018 - Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández, radicación nro. 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016).

¹¹ Folios 7- 10.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. 13 de diciembre de 2004. Radicación: 1614 Referencia: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Ley 91 de 1989. Administración de los recursos del Fondo. “Sin perjuicio de la ejecución presupuestal, el esquema de la ley 91 de 1989 y el contrato para efectos de la ordenación del gasto contemplan que la función administrativa se la reserva el Ministerio, de manera que los desembolsos están condicionados al reconocimiento de la prestación a través de la expedición del acto administrativo, cuyo monto se paga con cargo al patrimonio autónomo. Como se observa es un mecanismo sui generis de administración de los recursos apropiados”.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-1053-2012 resolvió declarar EXEQUIBLE el artículo 6° de la Ley 91 de 1989 y EXHORTAR al Congreso de la República para que regule la composición del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales incluyendo al menos un representante de los ex docentes pensionados.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. 17 de noviembre de 2016. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número Interno: 1520-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz. Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

prestaciones sociales de los docentes, pero si lo está la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG.

En consecuencia, se;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 10 de diciembre de 2019 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga en cuanto declaró probada la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Tuluá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.**

SEGUNDO: REVOCAR. el auto el auto de 10 de diciembre de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga en cuanto declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el oficio 310-044-026-2477 del 3 de agosto de 2016 proferido por la Secretaria de Educación del Municipio de Tuluá en nombre de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente híbrido al juzgado de origen, cancélese su radicación y sin costas en esta instancia¹⁵.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado



ZORANNY CASTILLO OTÁLORA
Magistrada



ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada

¹⁵ Proyectó: ACH
VoBo Secretario