República de Colombia

Rama Judicial
Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

Informe secretarial: Arauca (A), 04 de septiembre de 2023, en la fecha paso al Despacho del señor Juez el presente expediente, con el fin de decidir sobre lo pertinente.

Julio Melo Vera
Secretario

Arauca, (A), 08 de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Medio de Control	**:**	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	**:**	81-001-33-33-002-2021-00054-00
Demandante	**:**	Luz Mery Hernández Lamus
Demandado	**:**	Nación – Ministerio de Educación – FOMAG
Providencia	**:**	Auto prescinde realización audiencia inicial y adopta otras determinaciones.
Consecutivo	**:**	0806

Antecedentes

Con la entrada en vigencia del artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, las excepciones previas serán resueltas con posterioridad a su traslado mediante auto; así como también serán decididas las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. De resultar prósperas alguna de estas últimas, la decisión se adoptará mediante sentencia anticipada.

En tal sentido, en este caso ya se surtió el traslado de las excepciones propuestas, el cual hizo la parte demandada al enviar la contestación de la demanda a la contraparte y este descorrió traslado dentro del término de 3 días[1].

Consideraciones

Respecto de las excepciones previas, la demandada propuso: *"litisconsorcio necesario por pasiva"*. Señaló que en el presente asunto no se integró en debida forma el contradictorio, por no haberse demandado a la Secretaría de Educación de

[1] Se tuvo en cuenta los términos señalados por el artículo 201-A del CPACA adicionado por el art. 51 de la Ley 2080 de 2021 (…) "*los traslados deberán hacerse de la misma forma en que se fijan los estados. Sin embargo, cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaria, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y el termino respectivo empezará a correr a partir del día siguiente*." (…). En este caso, la parte accionada envió escrito contestando la demanda con copia a la parte demandante, el 28 de marzo del 2022.

Arauca, al ser la entidad territorial encargada de la expedición y notificación del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de la actora. Además de ser 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 de forma tardía, ocasionando así que fuera más demorado el desarrollo de las funciones que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, cumple.

Solución excepciones previas.

Frente a la excepción previa de *"No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios"*. Se encuentra como tal en el numeral 9 del art. 100 del CGP, razón por la que debe ser resuelta en esta etapa procesal. Para resolver acerca de si, es necesario la vinculación del Departamento de Arauca-Secretaría de Educación, además de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, como litisconsorte necesario, debe tenerse en cuenta los siguientes razonamientos:

-El procedimiento para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías se encuentra reglado en la ley. Pero actualmente subsisten diferentes procedimientos. Uno es el fijado en el art. 56 de la Ley 962 de 2005 y los arts. 3, 4 y 5 del Decreto 2831 del mismo año; y el otro es el contenido en el art. 57 de la Ley 1955 que entró en vigencia el 25 de mayo de 2019 que derogó el art. 56 de la Ley 962.

En virtud de lo anterior, se precisa que las solicitudes de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a docentes oficiales que se hayan presentado con anterioridad al 25 de mayo de 2019 se regirán bajo el procedimiento de la Ley 962 y normas reglamentarias; mientras que las radicadas después de esa fecha les serán aplicables las disposiciones de la Ley 1955.

Bajo la égida de las normas de 2005, a las secretarias de educación de las entidades territoriales certificadas les correspondía: i) elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la prestación solicitada por el docente oficial, ii) luego remitirla a la Fiduprevisora encargada del manejo y administración de los recursos del FOMAG para su aprobación, iii) suscribir y notificar el acto administrativo de reconocimiento de la prestación social, previa aprobación de la Fiduprevisora, iv) remitir nuevamente copia del acto administrativo a la Fiduciaria,

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.

En relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, a través de la Fiduprevisora (vocera y administradora del Fondo), tenía dentro de sus competencias: i) verificar el borrador del acto administrativo que previamente le remitía la secretaría de educación territorial, y decidir si se aprobaba o no, ii) remitir dicha información a la entidad territorial y iii) pagar la prestación, previa recepción y revisión del acto administrativo debidamente ejecutoriado remitido por la Secretaría de Educación.

Las anteriores disposiciones normativas deben ser armonizadas con el art. 2 núm. 5 de la Ley 91 de 1989. Allí se estableció en cabeza de la Nación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado causadas con posterioridad a la promulgación de esa ley. Y con el art. 9 *ejusdem* que dispone que, es la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional la que reconoce las prestaciones sociales que posteriormente el FOMAG paga. Pero, también preceptúa que la función de reconocimiento prestacional será delegada en las entidades territoriales.

Lo anterior ha dado pie para que el Consejo de Estado concluya que, el acto administrativo que decide sobre las prestaciones sociales deprecadas por el personal docente, pese a ser elaborado y suscrito por la secretaria de educación, la decisión allí contenida generadora de efectos jurídicos es adoptada por la Nación. Es decir, el ente territorial, en ese trámite, actúa en nombre y representación de la Nación.[2]

Por otro lado, con la Ley 1955 de 2019 el trámite relacionado con el auxilio de cesantías de los docentes oficiales cambió por otro más simple. El art. 57 de esa normativa dispuso que las cesantías definitivas y parciales de los docentes afiliados al FOMAG serían reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación del ente territorial y pagadas por el Fondo. Se eliminó del trámite la revisión del proyecto de acto administrativo que estaba en cabeza de la Fiduprevisora. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia SU-041 de 2020 consideró que:

"(...)

2 Ver por ejemplo auto del 12 de noviembre de 2020 de la Subsección A de la Sección 2da del Consejo de Estado, radicado No. 68001-23-33-000-2017-01103-01(1837-20) M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

> *Este trámite fue modificado por la Ley 1955 de 2019, eliminando la doble revisión del proyecto de acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías y de la resolución en firme por parte de la FIDUPREVISORA S.A., paso que generaba una carga administrativa adicional y afectaba la eficiencia operativa de la fiduciaria. Así,* ***con la entrada en vigor de dicha Ley, el reconocimiento del auxilio de cesantías es responsabilidad de la Secretaría de Educación territorial certificada, mientras el pago es competencia del FOMAG****."*/ Negrillas fuera de texto.

Adicionalmente, la misma norma reguló competencias en relación con el pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno del auxilio de cesantías. Preceptuó que la entidad territorial sería responsable del pago de la sanción por mora en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con base en lo anterior, interpreta el despacho en relación con el trámite del auxilio de cesantías que:

-Las peticiones de auxilio de cesantías presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, se rigen por la ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005, y sus decretos reglamentarios. En tal sentido, intervienen en la elaboración y expedición del acto administrativo de reconocimiento las secretarias de educación y la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG.

-Las reclamaciones de auxilio de cesantías presentadas con posterioridad a la Ley 1955 de 2019, se regirán por esta y por la Ley 91 de 1989. Bajo esa óptica, las secretarias de educación serán las únicas competentes para expedir el acto de reconocimiento y liquidar el auxilio de cesantías. La Fiduprevisora no tendrá que aprobar el proyecto de resolución.

-En ambos casos, las Secretarías de educación actúan en nombre y representación de la Nación. En consecuencia, la decisión generadora de efectos jurídicos proviene de la Nación, en virtud a que el art. 9 de la Ley 91 de 1989 no fue derogado expresamente por la Ley 1955 y tampoco considera el despacho que haya ocurrido su derogatoria tácita. Lo que hizo está última fue suprimir un trámite de la Ley 962 de 2005, pero no alteró ni suprimió la competencia de la Nación para decidir ni la delegación de esta función a las entidades territoriales.

-En ambos casos la entidad pagadora siempre es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En relación con el reconocimiento y pago de la **sanción moratoria** por el pago inoportuno del auxilio de cesantías se concluye que:

-Antes de la Ley 1955 de 2019, no estaba regulado un pagador distinto al FOMAG de la sanción moratoria. No era un imperativo legal establecer dilaciones administrativas respecto de la entidad territorial interviniente en el trámite para decidir sobre el pago de esta.

Por el contrario, con la entrada en vigencia de esta ley se torna imperioso verificar si la entidad territorial incumplió los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de Cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Cuando ocurra esta dilación, se erigirá en el acreedor de la sanción.

Se denota así que, en términos de sanción moratoria hubo un gran cambio. Se trasladó a las entidades territoriales la carga de pagar la sanción cuando la demora en el pago del auxilio de cesantías provenga de una irregularidad de su parte (radicación de la solicitud de pago de Cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por fuera de los términos de ley).

Bajo los anteriores razonamientos, los entes territoriales a los cuales se encuentre afiliado el personal docente estarán legitimados en la causa tanto procesal y materialmente en los presentes asuntos, en aquellos casos en que se reclame el pago del auxilio de cesantías con posterioridad al 25 de mayo de 2019. Solo en estos casos podrán ser pagadores de la sanción moratoria y, en consecuencia, su vinculación como litisconsortes necesarios será procedente.

Caso Concreto -excepciones previas-

Esgrimido todo lo anterior, en el presente caso no se decretará la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario, en consideración a que la petición de cesantías fue presentada el 29 de mayo de 2018 -antes de la vigencia de la Ley 1955 de 2019-, según se advierte en la Resolución 351 de 2018 que ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a la demandante. En tal sentido, las

exigencias fácticas y consecuencias jurídicas descritas en el art. 57 de la última ley mencionada no son aplicables sobre la Secretaría de Educación Departamental de Arauca y por tal razón, su comparecencia al proceso no es indispensable. No constituye un litisconsorte necesario, pues en este asunto continúa actuando en nombre y representación y de la Nación, y es el FOMAG el pagador de la sanción moratoria en caso de demostrarse su causación.

Otras decisiones

El artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 dispuso la posibilidad de dictar sentencia anticipada en 4 casos. Uno de ellos es cuando no haya pruebas que practicar y otro es cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiere formulado tacha o desconocimiento. En estos casos la sentencia anticipada se proferiría sin necesidad de adelantar audiencia inicial.

En consideración a lo anterior, una vez revisada la demanda, se constata que tanto la parte actora, como la parte demandada, no solicitaron práctica de pruebas, y las aportadas solo fueron documentales.

Por otra parte, el Despacho no decretará ninguna prueba de oficio.

En consecuencia, de lo anterior, no se programará fecha para la celebración de audiencia inicial, sino que se emitirá sentencia anticipada, de conformidad con el literal b del numeral 1 del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021. Adicionalmente, resulta importante acotar que:

- No encuentra el Despacho ningún impedimento procesal o irregularidad que deba ser saneada antes de continuar el proceso, de conformidad con el artículo 207 del CPACA.

- No hay medidas cautelares que resolver.
- Fíjese el litigio en determinar si las cesantías de la parte actora fueron pagadas de forma tardía y si en consecuencia, en calidad de docente oficial, tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

- Se incorporarán como pruebas al proceso, el escrito de demanda, su contestación y los anexos de ambos. A las cuales se les dará el mérito probatorio que la ley les otorgue.

Dicho esto, se le correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto respectivamente, por escrito, dentro del término de 10 días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia.

Si las partes tienen ánimo conciliatorio, deberán manifestarlo al despacho dentro de ese mismo término, con el fin de tramitar lo pertinente, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal. Sin perjuicio que en cualquier etapa del proceso lo puedan hacer.

En virtud de lo anterior se,

Resuelve

Primero: Niéguense las excepciones previas propuestas.

Segundo: Declárese saneado el proceso hasta esta etapa procesal.

Tercero: Fíjese el litigio en determinar si las cesantías de la parte actora fueron pagadas de forma tardía y si en consecuencia, en calidad de docente oficial, tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

Cuarto: Incorpórense como pruebas al proceso, el escrito de demanda, su contestación y todos sus anexos. A las cuales se les da el mérito probatorio que la ley les otorgue.

Quinto: Córrase traslado a las partes y al Ministerio Público para que remitan al correo j2adarau@cendoj.ramajudicial.gov.co sus alegatos de conclusión y concepto respectivamente, por escrito, dentro del término de 10 días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia.

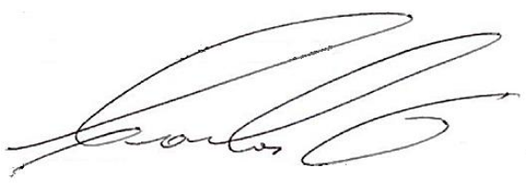
Sexto: Infórmese a las partes que se emitirá sentencia anticipada en los términos del literal b del numeral 1 del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

Séptimo: Ínstese a las partes para que informen al despacho si tienen ánimo conciliatorio, dentro del mismo término otorgado para alegar de conclusión, según lo expuesto en la parte motiva.

Octavo: Reconózcase personería al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos Con T.P. 250.292 del C. S. de la J., para que actúe como apoderado general de la entidad accionada y como apoderada sustituta a la abogada Yeinni Katherin Ceferino Vanegas con T.P. 290.472 del C. S de la J., en los términos de los poderes conferidos.

Noveno: Ordénese por secretaría realizar las anotaciones pertinentes en el sistema informático SAMAI.

Notifíquese y Cúmplase,



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez