



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

Arauca (A), 02 de junio de dos mil veintidós (2022).

Medio de Control	: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación	: 81-001-33-33-002-2021-00059-00
Demandante	: Dora Raquel Cañón Valbuena
Demandado	: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)
Providencia	: Auto resuelve intervención

Antecedentes

Tras haberse vencido el plazo para contestar la demanda, y evidenciando que el FOMAG propuso la excepción previa de *“No comprensión de la demanda a todos los litisconsortes/falta de integración de litisconsorcio por pasiva/necesidad de vincular al ente territorial”*. Esgrime la entidad como fundamento de este medio exceptivo que son, por delegación, las entidades territoriales las que cumplen el rol y tienen el deber de reconocer y liquidar las prestaciones sociales de los docentes y expedir los actos administrativos necesarios para que el FOMAG realice el pago.

Consideraciones

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 por la parte demandada con la contestación de la demanda y la parte demandante descorrió traslado¹.

Consideraciones sobre la excepción propuesta por la entidad demandada de “No comprensión de la demanda a todos los litisconsortes/falta de integración de litisconsorcio por pasiva/necesidad de vincular al ente territorial”

-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 establecido 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 de 2019 que entró en vigencia el 25 de mayo de 2019 y 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 secretarías 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 la relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, a través de la Fiduprevisora (vocera y administradora del Fondo), tenía

¹ Archivo 12 expediente digital.

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 y además, *“no es el obligado legalmente a satisfacer lo dispuesto en {este fallo}, comoquiera que no funge como ordenador de los recursos del Fomag”*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 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Sentencia Del 08 de Julio de 2021, Radicado No: 05001-23-33-000-2016-01673-01(1606-19) M.P Carmelo Perdomo Cuéter.

“(…)

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.”/

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 secretarías 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 secretarías 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 esta 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, en cualquier caso. 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

Frente a la excepción de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesario propuesta por la entidad demandada FOMAG, enlistada en el numeral 8 del art. 100 del CGP, aplicable por integración normativa a esta jurisdicción, el despacho la decretará, como quiera que la solicitud de pago de las cesantías parciales quedó radicada el 01 de agosto de 2019, esto es, después que inició a regir la Ley 1955 el 25 de mayo de 2019 conforme el art. 336 de la misma, y cuyo art. 57 no se encuentra dentro del supuesto de vigencia diferida del párrafo 1 de esa disposición. Por este motivo, resulta ineludible el estudio de la actuación de la Secretaría de Educación Departamental, con lo cual se cumple el requisito de uniformidad de los efectos de la sentencia exigido en el art. 61 del CGP.

En consecuencia, se ordenará la notificación personal de este proveído, tal como lo ordena el art. 198 num. 2 del CPACA, así como el auto admisorio de la demanda y sus anexos al Departamento de Arauca-Secretaría de Educación, de conformidad con lo previsto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el art. 48 de la Ley 2080 de 2021 y se le correrá el traslado de ley para que se pronuncie.

Frente a la falta de legitimación propuesta por el FOMAG será desechada, en virtud a que la decisión generadora de efectos jurídicos como ya se ha explicado con anterioridad, es expedida por la Nación, pese a que la Secretaría de Educación la elabore y suscriba, y además es dicha entidad por disposición legal quien paga las prestaciones del personal docente.

En lo que concierne a las demás excepciones propuestas por la entidad y la falta de legitimación en la causa por pasiva, que no es una excepción si no un presupuesto de para emitir sentencia de mérito favorable a una de las partes, propuestas por el FOMAG, se evidencia que no se encuentran enlistadas en el artículo 100 del CGP; razón por la cual no tiene el carácter de previas y no hay lugar a resolverlas en esta etapa procesal.

Por otro lado, el Despacho no encuentra ninguna otra excepción previa que decretar de oficio.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la excepción previa de “*no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesario*”, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: VINCULAR en el presente asunto como litisconsorte necesario por pasiva al Departamento de Arauca-Secretaría de Educación.

TERCERO: ORDÉNESE la notificación personal de la presente providencia conforme al art. 198 del CPACA, así como el auto admisorio de la demanda y sus anexos, al Departamento de Arauca- Secretaría de Educación a través del Gobernador o quien haga sus veces, de conformidad con lo previsto en el artículo 199 del CPACA modificado por el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: Una vez surtida la notificación, **CONCÉDASE** el término de 30 días para que se pronuncien sobre esta demanda si lo consideran pertinente, de conformidad con lo ordenado por el art. 172 del CPACA. Este término correrá una vez finalicen los 2 días de notificación de que trata el art. 205 del CPACA modificado por el 52 de la Ley 2080 de 2021.

QUINTO: Vencido el término para efectos de contestación de demanda, por Secretaría **INGRÉSESE** el expediente al Despacho para lo pertinente.

SEXTO: Reconózcase personería al abogado Luis Alfredo Sanabria Rios, 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 Jenny Alexandra Acosta

Rodríguez, con T.P. 252.440 del C.S de la J., en los términos de los poderes conferidos.

SÉPTIMO: ORDÉNESE por Secretaría realizar las anotaciones pertinentes en el sistema informático SAMAI, una vez se encuentre plenamente habilitado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Carlos', with a stylized flourish extending to the right.

CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez