

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	25269-33-33-001-2022-00114-00
DEMANDANTE:	MARÍA ARGELIA ZABALA DE RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ASUNTO:	Auto resuelve recurso de reposición y concede apelación

Facatativá, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO A RESOLVER

Se encuentra al Despacho, para resolver el recurso de reposición –parcial- y pronunciarse frente al subsidiario de apelación, interpuestos por el apoderado de la demandante, contra el auto de 23 de mayo de 2022, mediante el cual se rechazó parcialmente la demanda en lo que tiene que ver con la pretensión del num. 3°, relacionada con la declaratoria de nulidad del oficio n.º 20211073290201 expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A. y se dispuso su desvinculación.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Trámite del proceso

María Argelia Zabala de Rodríguez, actuando a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Departamento de Cundinamarca y la Fiduciaria La Previsora S.A, a fin de que sea reconocida y pagada la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

La demanda fue admitida parcialmente, en relación con los actos administrativos fictos proferidos por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Cundinamarca y rechazada respecto al oficio n.º 20211073290201, expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A. (fls. 1-10 archivo digital “004AutoAdmiteDemandaParcialmente”, esto último dio lugar a la desvinculación de la Fiduciaria.

A través de escrito de 27 de mayo de 2022, se cuestionó la decisión previamente citada. (fls. 1-5 archivo digital denominado “006Recurso”)

2.2. Fundamentos del recurso de reposición

El apoderado de la demandante solicita revocar los numerales primero y segundo de la parte resolutive del auto de 23 de mayo de 2022, por considerar que la respuesta emitida por la Fiduciaria La Previsora es un acto administrativo debatible en sede judicial, dado que la entidad desconoce los precedentes legales y jurisprudenciales respecto a la sanción moratoria y, en consecuencia, debe entrar a responder con recursos propios por la mora injustificada en el pago de la prestación.

Indica que la Fiduciaria La Previsora actúa como fideicomitente de una entidad de derecho público y, en esa medida, debe cumplir el régimen de contratación pública y los deberes y obligaciones consagrados en la ley.

Sostiene que las sociedades fiduciarias responden hasta por culpa leve en el desarrollo de sus gestiones por lo que el pago tardío de las cesantías le genera una responsabilidad patrimonial.

Manifiesta que el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, tiene dos etapas, la de reconocimiento, que se encuentra a cargo del ente territorial y el pago, a cargo de la Fiduciaria La Previsora; en consecuencia, si una o las dos entidades exceden los términos establecidos, se genera la sanción moratoria, y cada entidad debe responder de acuerdo a lo establecido en el art. 57 de la Ley 1955 de 2019.

Con lo anterior, sostiene que, debido a que tanto el Departamento de Cundinamarca como la Fiduciaria La Previsora superaron los términos de ley para el pago oportuno de las cesantías, no es posible desvincular a esta última, por tener la responsabilidad de pagar la sanción contenida en la ley de acuerdo a los días de mora que ocasionó.

2.3. Pronunciamiento de las partes

Revisado el expediente se constata que la demandante acreditó el envío de del recurso, a las demandadas, anexando copia digital al mensaje de datos enviado al buzón electrónico reportado para notificaciones; en vista de ello, de conformidad con el art. 319 de la Ley 1564 de 2012¹ (L.1564/2012), y el art. 38 de la Ley 2080 de 2021² (L.1080/2021), y atendiendo lo dispuesto en los arts. 201 y 201A de la Ley 1437 de 2011³ (L.1437/2011), la Secretaría del Juzgado prescindió del traslado secretarial y, dado que han transcurrido dos (2) días hábiles después del día en que se envió el mensaje, se concluye que el término de tres (3) días que establece el art. 319 *ib.*, que corresponde

¹ Código general del proceso.

² Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

³ Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo

al traslado del recurso de reposición, se encuentra vencido; sin embargo durante el traslado las demandadas guardaron silencio.

2.4. Tesis del Despacho

El suscrito no repondrá el auto de 23 de mayo de 2022; no obstante, concederá el recurso de apelación interpuesto de forma subsidiaria.

2.5. Esquema metodológico para respaldar la tesis

En efecto, para sustentar la tesis planteada, se desarrollarán, en su orden, las siguientes premisas: **(i)** el trámite del recurso de reposición, **(ii)** el trámite del recurso de apelación **(iii)** con lo cual se pasará a resolver el caso concreto.

a. Trámite del recurso de reposición.

En lo que tiene que ver con la jurisdicción contenciosa administrativa, el legislador se ocupó de regular los recursos contra las providencias judiciales en el capítulo XII del título V de la L.1437/2011, modificada por la L.2080/2021, específicamente, frente al recurso de reposición, el art. 242 dispone:

“El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su **oportunidad y trámite**, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.” (Negrilla extratexto)

La L.1564/2012, a su turno, señala:

ARTÍCULO 318. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES.

(...)

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación de auto.”

Con lo expuesto es fácil concluir que el auto que rechaza parcialmente la demanda, esto es, que rechaza una de sus pretensiones, es susceptible de control mediante el recurso de reposición.

b. Trámite del recurso de apelación.

A su vez, la L.1437/2011, modificada por la L.2080/2021, al regular el recurso de apelación, indica que:

ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.

(...)

En cuanto a su trámite, el art. 244 señala:

La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1. La apelación podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición.
(...)

3. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito ante quien lo profirió, dentro de los **tres (3) días siguientes a su notificación** o a la del auto que niega total o parcialmente la reposición. En el medio de control electoral, este término será de dos (2) días.

De la sustentación se dará traslado por secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Los términos serán comunes si ambas partes apelaron. Este traslado no procederá cuando se apele el auto que rechaza la demanda o niega total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.

Surtido el traslado, el secretario pasará el expediente a despacho y el juez o magistrado ponente concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

4. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano. (Negrilla extratexto)

Con lo anterior se deduce que el recurso de apelación es procedente contra el auto que rechaza la demanda, aun cuando su rechazo fuere parcial, y la oportunidad para interponerlo y sustentarlo serán los tres días siguientes a su notificación, pudiéndose interponer de manera subsidiaria al de reposición.

c. Caso concreto.

Análisis del recurso de reposición

En el caso *sub iudice* se encuentra que, mediante auto de 23 de mayo de 2022, se rechazó parcialmente la demanda en lo que tiene que ver con una de las pretensiones planteadas, esta es, la plasmada en el num. 3° del capítulo contentivo de aquellas y que se encuentra relacionada con la declaratoria de nulidad del oficio n.° 20211073290201 expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A.

Lo primero que debe señalarse es que el auto de 23 de mayo de 2022 se notificó por estado al día siguiente -24 de mayo- y los recursos – de reposición y subsidiario de apelación- fueron interpuestos el 27 de mayo posterior, con lo cual se llega a una primera conclusión en torno a su oportunidad pues es claro que se interpusieron dentro del término que la ley otorga para ello.

Bien, los recursos se orientan a revocar dos de las decisiones tomadas en el auto de admisión, (i) una de aquellas, relativa al rechazo de la pretensión dispuesta en el num. 3 de la demanda, concerniente a declarar la nulidad del oficio expedido por la Fiduciaria La Previsora SA, (ii) y otra, derivada de la anterior, con la que se desvincula a la Fiduciaria como parte demandada.

El cuestionamiento a la decisión judicial, como se dijo, se propone a partir de dos aristas, por un lado, el apoderado recurrente considera que el oficio proferido por la Fiduciaria La Previsora S.A. es un acto administrativo y, por ello, una decisión susceptible de control judicial; por otro lado, atendiendo a que, en su parecer, se ha configurado una mora en el pago de la cesantía en favor de la docente demandante, la Fiduciaria La Previsora S.A. junto con la Secretaría de Educación, mancomunada y proporcionalmente, se entiende, son quienes deberán entrar a responder por el pago de la sanción moratoria derivada del presunto atraso, lo cual exige mantener a la Fiduciaria como parte pasiva en el proceso.

1. Para sustentar la primera, señala que el oficio expedido por la Fiduciaria La Previsora contiene, a más de un recuento normativo del marco regulatorio de la sanción moratoria, una interpretación de aquel en el caso de la docente reclamante y una negación del derecho al considerarse incompetente, desde el punto de vista legal, para responder a la solicitud de pago de la sanción moratoria, lo cual el apoderado asume como una verdadera decisión administrativa.

2. Por otro lado, para solicitar la permanencia procesal de la Fiduciaria La Previsora SA en este debate, expone el rol que juega aquella en el trámite de las cesantías y su responsabilidad frente al pago de la sanción moratoria, partiendo de la responsabilidad como fideicomitente ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fomag.

Para respaldar su postura, acude al art. 5 de la L.1071/2006 y, a partir de aquel, indica que *“el trámite de las cesantías parciales y definitivas se sujeta a dos momentos específicos: el reconocimiento y el pago. La primera etapa se encuentra a cargo de la Secretaría de Educación del Ente territorial. **En la segunda etapa, el estudio y pago de las cesantías está cargo de la Fiduciaria La Previsora S.A. si una o ambas entidades superan los términos establecidos se genera la sanción moratoria y cada una deberá responder de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.**”* (sic) (subrayado y negrilla del texto original).

Pasa el suscrito a revisar el fondo del recurso de reposición y a exponer los argumentos que tendrá en cuenta para decidir sobre aquel, veamos:

En torno al oficio de la Fiduciaria La Previsora S.A.

En auto de 23 de mayo de 2022 el suscrito expuso, de forma detallada, las razones por las cuales considera que el oficio que expide la Fiduciaria, en el marco de la reclamación del pago de la sanción por mora en el

reconocimiento y pago de las cesantías para los docentes, no corresponde a un acto administrativo, pues aquel no es la manifestación de voluntad de la administración que permita erigirlo como una decisión susceptible de control judicial; aquellas razones pueden sintetizarse así:

1. Como se sabe, el concepto de acto administrativo, decantado por la doctrina y la jurisprudencia, hace referencia a la manifestación de la voluntad de la administración –entidad pública o particular *en ejercicio de funciones públicas*- capaz de generar efectos jurídicos, entre cuyas características se encuentran: (i) se trata de una declaración unilateral de voluntad, (ii) se expide en el marco de la *función administrativa*, (iii) produce efectos jurídicos, esto es, crea, modifica, regula o extingue determinada situación jurídica y (iv) es vinculante.

Por su parte y para lo que es de interés en este asunto, el art. 43 de la L.1437/2011, señala que son actos administrativos definitivos los que directa o indirectamente resuelven de fondo el asunto o hacen imposible continuar la actuación.

2. La L.91/1989⁴, dispuso que los recursos del Fondo -Fomag- serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta y que las prestaciones sociales, que le corresponde *pagar* al Fomag, serían reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional, a través de las entidades territoriales.

3. El Ministerio de Educación, en efecto, celebró contrato de fiducia mercantil con la Fiduciaria La Previsora S.A. para el manejo de los recursos del Fomag.

4. Así, a la Fiduciaria La Previsora, le corresponde, en cumplimiento de su *obligación contractual*, administrar los recursos del Fomag y materializar el pago de las prestaciones sociales que *son reconocidas* por el Ministerio de Educación – Fomag a través de las Secretarías de Educación, lo cual no puede traducirse en una atribución de la facultad administrativa inherente a la definición del derecho de los docentes.

5. Es indiscutible que lo que ata al Ministerio de Educación – Fomag con la Fiduciaria La Previsora S.A. **no** es una delegación de funciones, figura jurídica regulada en la L.489/1998⁵, pues para así entenderlo debería mediar acto administrativo de delegación; por ello, surge claro que la vinculación entre el Ministerio de Educación – Fomag y la Fiduciaria corresponde a un contrato de fiducia, el cual no tiene la virtud de transferir funciones administrativas, propias del Ministerio, que es autoridad administrativa, a la Fiduciaria.

⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁵ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional. se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

Con lo anterior, encuentra el suscrito que el apoderado recurrente parte de una falsa premisa, al considerar que la Fiduciaria La Previsora S.A. es una autoridad administrativa facultada para expedir actos administrativos en el marco del trámite de reconocimiento de prestaciones en favor de los docentes.

Vale la pena poner de presente los efectos perversos que resultarían sobre el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva, de los que es titular el docente demandante, pues de considerarse que aquel oficio es, en verdad, un acto administrativo, se abriría paso al análisis de la oportunidad en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y a su eventual caducidad.

Como puede verse la interpretación del suscrito atiende al principio de favorabilidad y se sustenta en el principio de legalidad y en la definición de competencias administrativas que el legislador ha señalado, por lo que el argumento del recurso se desestimaré.

Frente a la responsabilidad de pago atribuida a la Fiduciaria La Previsora S.A.

Para abordar este punto, se encuentra que el apoderado incurre, nuevamente, en una falsa premisa, al considerar que el trámite dispuesto por la ley, para el reconocimiento y pago de cesantías, está compuesto o se surte en dos etapas, una, *de reconocimiento*, a cargo de las Secretarías de Educación y otra, *de estudio y pago*, que atribuye a la Fiduciaria.

La incursión en la equivocada percepción normativa consiste en asumir que la obligación de pago de la cesantía y de la eventual sanción por mora, de la que es acreedor el docente, tiene como deudora directa a la Fiduciaria La Previsora; lo cual no es así, si se tiene en cuenta que el numeral 5° del art. 2° atribuye la obligación de pago al Fomag.

Recuérdese aquí que el Fomag es una cuenta especial de la Nación, independiente patrimonial, contable y financieramente, sin personería jurídica, cuyos recursos son *manejados* por la Fiduciaria contratada para ello; esto se resalta para dejar claro que uno es el Fondo (Fomag) y otra es su administradora (Fiduciaria La Previsora).

La anterior conclusión se refuerza al tenor del art. 57 de la L.1955/2019⁶, que fuera citado por el recurrente, según el cual:

Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán **reconocidas y liquidadas** por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y **pagadas** por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (negrilla del Juez)

⁶ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad.

El que, para lo que tiene que ver con la sanción moratoria, debe complementarse con su parágrafo, el cual señala que:

La **entidad territorial** será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías 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 por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** será responsable únicamente del pago de las cesantías. (negrilla del Juez)

Como puede verse, la norma, con suficiente claridad, atribuye (i) la obligación de reconocimiento y liquidación de las cesantías a la Secretaría de Educación y (ii) la obligación de pago, al Fomag, sin que en esa relación obligacional se considere a la Fiduciaria; cosa muy distinta es que los recursos del Fomag, en virtud del art. 3 de la L.91/1989, sean manejados por la entidad Fiduciaria, pero ello, claro está, atendiendo al objeto contractual del encargo fiduciario existente entre el MinEducación y la Fiduciaria La Previsora.

A la misma conclusión se arriba en torno a la sanción derivada de la mora en el pago de las cesantías, obsérvese que el par. del art. 57 de la L.1955/2019, es contundente cuando señala que la *entidad territorial* será responsable del pago de la sanción por pago extemporáneo derivado del incumplimiento de los plazos definidos para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías en favor de los docentes y que se encuentre a su cargo –radicación y entrega de la solicitud de pago al Fomag-; concluyendo que, ante tal circunstancia, el Fomag responderá únicamente por el pago de las cesantías.

Así, ni la L.91/1989, ni la L.1955/2019, permiten admitir que la obligación de pago, tanto de la cesantía, como de la sanción por la mora en su pago, se encuentra en cabeza de la Fiduciaria administradora del Fondo, aquellas disposiciones normativas no tienen tal alcance.

En efecto, al revisarse el texto del art. 57 ib. se advierte que la intención del legislador fue la de delimitar la responsabilidad por la mora en la definición de la situación jurídica que comporta la reclamación de las cesantías por el docente, de tal manera que, cuando la mora sea atribuible a la Secretaría de Educación será la entidad territorial la obligada a pagar, *contrario sensu* si lo fuere el Fomag será este el obligado frente al acreedor-docente.

Ahora, en el escenario en que la mora se derive del incumplimiento de los plazos con los que cuenta el Fomag, y aquel atraso comporte una omisión de la Fiduciaria, aun así, seguirá siendo el Fomag el obligado frente al docente, pues la Fiduciaria deberá responder por su omisión contractual frente al Ministerio de Educación, quien estará legitimado para procurar su vinculación mediante la figura del llamado en garantía, en el proceso, o ejerciendo el medio de control de controversias contractuales, según lo estime.

En conclusión, la premisa sobre la que gira el recurso resulta insuficiente para modificar la decisión inicial, por lo que se negará la reposición.

Del recurso de apelación

Una vez expuestas las razones para negar la reposición de la providencia cuestionada, es el momento de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto en subsidio al de reposición, debiendo señalar que el mismo fue presentado y sustentado oportunamente, se dirige contra el auto que rechazó parcialmente la demanda, por lo cual será del caso concederlo, en efecto el suspensivo, conforme al par. 1° del art. 243 de la L.1437/2011, modificado por la L.2080/2021.

3. Decisión Judicial

Se procederá a negar la reposición del auto de 23 de mayo de 2022, y a conceder el recurso de apelación interpuesto de forma subsidiaria.

Por lo expuesto, el Juez Primero Administrativo de Facatativá,

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el auto de 23 de mayo de 2022, mediante el cual se rechazó parcialmente la demanda.

SEGUNDO: CONCEDER el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 23 de mayo de 2022, en el efecto suspensivo, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En consecuencia,

TERCERO: ORDENAR el inmediato envío del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda (Reparto).

CUARTO: por Secretaría, déjense las constancias y anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

- firmado electrónicamente -
MAURICIO LEGARDA NARVÁEZ
JUEZ

002/Aut

Firmado Por:
Elkin Mauricio Legarda Narvaez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 001 Administrativa
Facatativa - Cundinamarca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d1c9c249774362e20866b30d1fe73506970cdd68052823ee6158000b5e0ff7f7**

Documento generado en 11/10/2022 06:29:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>