

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO 9º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Referencia: 110013335 009 2016 00462 00
Demandante: CLAUDIA YANETH BELLO VILLARRAGA
Demandada: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO (**FOMAG**) Y FIDUPREVISORA S.A.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

(Declara falta de legitimación y fija fecha)

I. ANTECEDENTES

La señora Claudia Yaneth Bello Villarraga, actuando por intermedio de apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y de la Fiduprevisora S.A., con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos i) Oficio S-2014-82126 del 6 de junio de 2014, por medio del cual FOMAG informó a la demandante que no tenía competencia para resolver sobre la sanción moratoria reclamada y, por tanto, remitió su solicitud a la Fiduprevisora S.A.; y ii) Oficio EE-00012026 del 23 de julio de 2014, a través del cual Fiduprevisora S.A., denegó la solicitud de sanción moratoria radicada por la demandante.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, pretende la sanción por la mora en el reconocimiento y pago de la cesantía parcial.

La demanda fue radicada en esta jurisdicción el 11 de octubre de 2016; con auto del 27 de febrero de 2017 se dispuso su remisión a la jurisdicción ordinaria laboral, pero con ocasión del conflicto de jurisdicciones promovido por esa especialidad, el Consejo Superior de la Judicatura asignó el conocimiento a este Juzgado, razón por la cual solo hasta el 16

de abril de 2018 se profiere auto admisorio.

En desarrollo de la audiencia inicial que tuvo lugar el 22 de julio de 2019, la apoderada de la entidad demandada formuló la excepción de caducidad, al considerar que la demanda fue radicada por fuera del término de cuatro (4) meses previsto por la norma.

Este Despacho en la misma diligencia, precisó que el FOMAG no emitió respuesta de fondo a la solicitud elevada por la demandante, sino que la remitió a la Fiduprevisora S.A., razón por la cual se entiende configurado el acto presunto negativo frente al silencio de esta entidad y, por tanto, exento del fenómeno jurídico de caducidad.

No obstante, para resolver a caducidad frente al oficio emitido por la Fiduprevisora S.A., se dispuso requerirla para que allegara la constancia de notificación o comunicación. Este requerimiento quedó a cargo de la apoderada de la entidad demandada, pero, pese a que la Secretaría del Despacho libró los oficios correspondientes, este extremo no dio trámite a los mismos.

II. CONSIDERACIONES

De la competencia para responder por el reconocimiento y pago de la sanción moratoria

Previo a abordar el asunto en relación con la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el Juzgado evidencia que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A., por las razones que se exponen a continuación.

No puede perderse de vista que, lo reclamado es la sanción moratoria por el pago inoportuno de la cesantía parcial y, en ese sentido, debe recordarse que, fue a través de Ley 91 de 1989 que se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta y cuya obligación es atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados y por vincular al servicio oficial.

Entonces, como el FOMAG tiene a su cargo la obligación de atender prestaciones sociales de los docentes, pero a su vez la norma estableció que sus recursos serían administrados por una entidad fiduciaria que, para el efecto, es la Fiduprevisora S.A., durante algún tiempo las demandas que se presentaban para obtener el reconocimiento y pago de la referida

sanción se admitían en contra de las dos entidades e incluso en algunos casos se llegó a vincular en el extremo pasivo de la *litis* a la Fiduprevisora S.A., cuando la misma no era demandada por la parte actora.

En ningún caso se aportó el contrato de fiducia para legitimar la vinculación de la empresa comercial del Estado o para acreditar la carencia de la misma condición procesal.

Sin embargo, no se trató de una posición pacífica y unificada, pues había quienes consideraban que la Fiduprevisora como entidad pagadora era la única llamada a responder y otras posiciones que aseguraban que dicha entidad no podía expedir actos administrativos y mucho menos ser llamada a responder por la sanción que era entendida como accesorio a la prestación principal (cesantía).

Esta disparidad de criterios ha empezado a encontrar uniformidad tanto en el Consejo de Estado, como en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; así, por ejemplo, la máxima Corporación de lo contencioso administrativo¹ indicó que la entidad competente en asuntos de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías a los docentes es el FOMAG y, aunque en algunos casos en lugar de emitir una respuesta de fondo, se limita a remitir la solicitud a la Fiduprevisora S.A., esta actuación no la sustrae de sus obligaciones legales, pues a su juicio las respuestas emitidas por la Fiduprevisora S.A., no tienen la virtualidad de ser enjuiciables en esta jurisdicción.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca² en un caso similar al que aquí se discute, retomó la posición adoptada por el Consejo de Estado en una providencia del año 2016 y concluyó que el acto administrativo demandable en este tipo de controversias es el proferido por el FOMAG y no por la Fiduprevisora, pues esta última no es la encargada de pagar las prestaciones reclamadas por el actor en caso de que prosperen. De hecho al terminar el contrato de fiducia en cualquier momento y no produce efecto alguno respecto de la obligación.

Adicionalmente, esta Sede Judicial en otras demandas que han tenido como resultado fallo condenatorio y en las cuales la parte pasiva de la *litis* estuvo integrada por la Fiduprevisora S.A., se precisó que la naturaleza de su vinculación conduce a definir que a ella no se le condena, pese a darle una orden. Obrar en contrario vulneraría el derecho fundamental a la personería, pues es el patrimonio autónomo el que estaría respondiendo.

¹ Sección Segunda, Subsección B, providencia del 6 de diciembre de 2018, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso 250002342000201500114701.

² Sección Segunda, Subsección C, auto del 26 de febrero de 2018, con ponencia del magistrado Carlos Alberto Orlando Jaíquel, dentro del proceso 11001333500720170036301.

La compañía fiduciaria obra en nombre ajeno, no en el propio, cuando es la vocera de un patrimonio autónomo, como lo sucede con la fiducia, caso en el cual ese patrimonio es el legitimado para comparecer al proceso (art. 54 núm. 2 CGP).

Así las cosas, para que la parte sea la fiduciaria y no el patrimonio autónomo, los hechos se deben dirigir a establecer una eventual responsabilidad, contractual o extracontractual de la persona jurídica, no del patrimonio autónomo, es decir, que en ningún caso corresponda con obligaciones propias de lo pactado en un específico contrato de fiducia.

Es por ello que, en el presente asunto ante un eventual fallo condenatorio resulta perfectamente viable tener como única entidad demandada y condenada al FOMAG.

Bajo este derrotero, debe declararse de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Fiduprevisora S.A. y tener como única entidad demandada a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La anterior circunstancia, por sí sola, conlleva el efecto de hacer inane emitir pronunciamiento alguno respecto de quien no debe ser parte en el proceso, esto es, en el presente caso, es completamente inútil analizar la configuración del fenómeno jurídico de la **caducidad** en relación con el oficio EE-00012026 del 23 de julio de 2014.

Por otra parte, como se dijo en audiencia inicial, respecto del FOMAG se tiene que existe acto presunto negativo ante la falta de respuesta de fondo a la petición elevada por la demandante y, por tanto, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de dicho acto puede ser presentado en cualquier tiempo, conforme a las previsiones del literal d numeral 1 del artículo 164 del CPACA., es decir que **no se encuentra sometido al fenómeno jurídico de la caducidad**.

En consecuencia, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Fiduprevisora S.A., conforme a las consideraciones expuestas.


SEGUNDO: TENER como única demandada a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Referencia: 110013335 009 2016 00462 00
Demandante: CLAUDIA YANETH BELLO VILLARRAGA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG

5

TERCERO: FIJAR como fecha y hora para continuar con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, el 23 de septiembre de 2019 a las 11:15 a.m., en la Sala 26 de la Sede Judicial del CAN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Juez

AM

**JUZGADO 9º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C., SECCIÓN SEGUNDA**

NOTIFICACION POR ESTADO

El presente auto, se notifica a las partes por anotación en estado de fecha **diez (10) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)** a las 8:00 a.m. de conformidad con lo establecido en el artículo 201 del CPACA.

Miryam Yanneth Martínez Cortes
Secretaría

