

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

**Referencia:** 110013335 009 2017 00316 00  
**Demandante:** LUZ AMPARO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ  
**Demandada:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO (**FOMAG**) Y FIDUPREVISORA S.A.

---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**I. ANTECEDENTES**

La señora Luz Amparo Hernández Rodríguez, actuando por intermedio de apoderada, 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 del acto presunto negativo originado por el silencio de FOMAG frente a la petición radicada el 16 de diciembre de 2014 y, como consecuencia de ello, el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de su cesantía parcial.

Se manera subsidiaria solicitó la nulidad del oficio 20150170170171 del 10 de marzo de 2015, emanado de la FIDUPREVISORA S.A.

La demanda radicada en esta jurisdicción el 14 de septiembre de 2017, con auto del 28 de mayo de 2018 se admitió teniendo como demandadas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y la FIDUPREVISORA S.A.

En desarrollo de la audiencia inicial que tuvo lugar el 20 de mayo de 2019, el Despacho de oficio evidenció la necesidad de decretar pruebas con el fin de definir la eventual configuración del fenómeno jurídico de la caducidad y, en este sentido, ordenó requerir a la FISUPREVISORA S.A., con el fin de obtener copia íntegra del oficio 20150170170171 del 10 de marzo de 2015, con constancia de notificación o comunicación.

La Secretaría del Despacho libró los oficios correspondientes, los cuales fueron retirados y tramitados por la apoderada de la parte demandante (fls. 63 a 65); sin embargo, a la fecha no se ha recibido respuesta.

## 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.

Este proceso no fue ajeno a esta circunstancia y, fue por ello, que no solo se admitió en contra de la FIDUPREVISORA S.A., sino que además en audiencia inicial se enfatizó en que el acto administrativo acusado sería el oficio proferido por esta entidad; contrario a lo manifestado en la demanda por el extremo activo, quien ha insistido en sus intervenciones en que el acto a demandar es el **acto presunto** originado en el silencio de FOMAG.

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 administrativo<sup>1</sup> 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., son en su representación y, además, no tienen la virtualidad de ser enjuiciables en esta jurisdicción.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>2</sup> 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.

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., 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.

La compañía fiduciaria obra en nombre y representación, no en el propio, cuando es la vocera de un patrimonio autónomo, como lo son las fiducias, caso en el cual ese patrimonio comparece al proceso en forma legítima (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, que en ningún caso

---

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

<sup>2</sup> Sección Segunda, Subsección C, auto del 26 de febrero de 2018, con ponencia del magistrado Carlos Alberto Orlando Jaquel, dentro del proceso 11001333500720170036301.

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.

Entonces, bajo el entendido que el juez debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar fallos inhibitorios (numeral 5º del art. 180 del CPACA) y ejercer control de legalidad en todas las etapas del proceso (art. 207 *ejusdem*), y con el fin de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, economía y celeridad procesal, esta Sede Judicial declarará de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Fiduprevisora S.A., circunstancia que hace inane emitir pronunciamiento alguno respecto de la configuración del fenómeno jurídico de la **caducidad** en relación con el oficio 20150170170171 del 10 de marzo de 2015.

Además precisará que, se tiene como única entidad demandada a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y como acto administrativo acusado el **acto presunto negativo** originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 16 de diciembre de 2014, toda vez que, al revisar el contenido del oficio S-2015-180 del 2 de enero de 2015 que reposa a folios 6 y 7 del plenario, se extrae que el mismo **no contiene una decisión de fondo** sino una mera remisión, circunstancia que **no exime** a la entidad de sus obligaciones, como se señaló párrafos arriba y respecto del cual, conforme a las previsiones del literal d numeral 1 del artículo 164 del CPACA., no resulta predicable la **caducidad** del medio de control.

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.

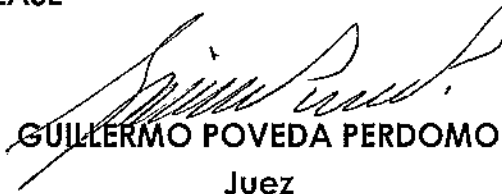
**SEGUNDO: TENER** como única demandada a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y como acto administrativo acusado el acto presunto negativo originado en el silencio de la administración frente a la petición del 16 de diciembre de 2014.

Referencia: 110013335 009 2017 00316 00  
Demandante: LUZ AMPARO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ  
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 27 de enero de 2020 a las 09:15 a.m. - 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 **veintinueve (29) de octubre 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**  
Secretaria

