



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DECLARA TERMINADO EL PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00302
DEMANDANTE	Juan Carlos Agamez Martínez
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora Juan Carlos Agámez Martínez, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a juancarlosagamez696@hotmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado Martha Cecilia Miranda Alegría. Sea del caso resaltar, que la abogada conocedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P., afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al

poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 20210172062891 de 23 de Agosto de 2021, por medio del cual NIEGAN el derecho INDEMNIZACION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION OPORTUNA DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS Y CESANTIAS PER-SE DE LA VIGENCIA 2020, acto que se corresponde con el indicado en la demanda.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 28 de septiembre de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas de inepta demanda por no demandar un acto definitivo

Siendo la etapa siguiente la de resolver sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...).”

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...).”

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados**” (negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172062891 de 23 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del 20210172062891 de 23 de Agosto de 2021, visible a folios 19 a 23 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás

decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$401471."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que ***“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*”**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 ***“Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones”***, señala en su artículo 2º que ***“Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”***.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172062891 de 23 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

- PRIMERO:** Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.
- SEGUNDO:** Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.
- TERCERO:** En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.
- CUARTO:** Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.
- QUINTO:** Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



—ASESORÍA DE LA
CONTRALORÍA ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA PROBADO DE OFICIO EXCEPCIÓN PREVIA Y TERMINA EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00303
DEMANDANTE	Teresita de Jesús Martínez Cardona
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...)”.

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”.

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

*“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la***

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados”
(negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172062591 de 23 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172062591 de 23 de Agosto de 2021, visible a folios 19 a 25 del archivo digital 01Demanda.pdf, resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: *“... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”*

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva. Lo anterior siempre y cuando les asista este derecho.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$136254"

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 **"Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones"**, señala en su artículo 2º que **"Las solicitudes de**

*reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio***”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172062591 de 23 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



TERCERO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ASOCIACIÓN DE LA
CONTADURÍA ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__, el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA PROBADO DE OFICIO EXCEPCIÓN PREVIA Y TERMINA EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00304
DEMANDANTE	Eduardo Rojas Rojas
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...)”.

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”.

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

*“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la***

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados”
(negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172123441 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172123441 de 27 de Agosto de 2021, visible a folios 17 a 21 del archivo digital 01Demanda.pdf, resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva. Lo anterior siempre y cuando les asista este derecho.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$121990"

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 **"Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones"**, señala en su artículo 2º que **"Las solicitudes de**

*reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio***”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 0210172123441 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtirse para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

TERCERO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ASOCIACIÓN DE LA
CONTADURÍA ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

AUTO ACEPTA REVOCATORIA DE PODER Y REQUIERE

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00305
DEMANDANTE	Bernardo José Guerra Caraballo
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho advierte lo siguiente:

Obra escrito presentado por el señor Bernardo José Guerra Caraballo a través de la cual manifiesta que revoca cualquier poder o documento presentado por la firma ARS OCHOA y ABOGADOS SAS y solicita presentar el desistimiento y/o retiro de todo lo que repose a su nombre, toda vez que presentaron una demanda sin su consentimiento. Así mismo, solicita que se compulsen copias al Consejo Superior de la judicatura, por haber presentado una demanda sin consentimiento y por considerar que son acciones fraudulentas.

Al respecto, encuentra el Despacho que el escrito presentado por el señor Bernardo José Guerra Caraballo debe entenderse como una revocatoria de poder, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del C.G.P¹ se aceptará la revocatoria de poder otorgado y se requerirá al demandante Bernardo José Guerra Caraballo , para que en el término de cinco (5) días designe nuevo apoderado, a efectos de poder tramitar las solicitudes indicadas en su escrito.

Lo anterior, por cuanto si bien manifiesta su intención de terminar o desistir del proceso, este Despacho no puede tramitar sus peticiones en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 160 del CPACA que establece que *“Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa”*.

Igualmente, obra en el expediente escrito presentado por la abogada Eliana Pérez Sánchez y en el cual solicita que el Despacho se abstenga de darle trámite a los desistimientos masivos, toda vez que obedecen a una presión, engaño, sabotaje jurídico de su actividad profesional. Igualmente solicita que, incidente de regulación de honorarios respecto de este docente y de todos lo que en radiquen este tipo de revocatoria; solicita inmediatamente compulsa de copias, por las malas prácticas éticos y profesionales que Rayan, en toda la ley 1123 de 2007,cómo comportamientos indecorosos, a la firma López Quintero abogados encabezada por su representante legal señor Giovanni Lopez Quintero; y que si se le da trámite al desistimiento y revocatoria de poder se exija el respectivo paz y salvo de la firma de abogados y de la abogada tal como lo contempla la ley.

¹ ARTÍCULO 76. TERMINACIÓN DEL PODER. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso. El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.

Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido.

Acompaña con su escrito, copia de la solicitud de revocatoria que fue radicada por el señor Bernardo José Guerra Caraballo, a partir de lo cual se infiere que conoce de su intensión de revocarle el poder otorgado.

Respecto de la solicitud presentada por la abogada, en primer lugar se advierte que no hay lugar a pronunciarse frente a la procedencia de la regulación de honorarios, por cuanto el artículo 76 del CGP señala que *“Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.”*

Por tanto, de considerarlo procedente ejecutoriada la providencia a través de la cual se acepta la revocatoria de poder, la abogada podrá presentar la solicitud de incidente para la regulación de honorarios.

Finalmente, frente a la solicitud de compulsas de copias para que se investigue la actuación de la firma de abogados López Quintero mencionada y de la abogada Eliana Pérez Sánchez, el Despacho considera que de la documentación que reposa en el expediente no advierte la existencia de una actuación que se torne fraudulenta y que obligue a esta Unidad Judicial a compulsar copias ante las autoridades disciplinarias y penales para que sea investigada. Por tanto, si los solicitantes consideran que cuentan con los elementos y hechos que deban ser objeto de investigación, de encontrarlo pertinente cuentan con la posibilidad de radicar directamente su queja o denuncia ante las autoridades competentes. En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Aceptar la revocatoria del poder conferido por el señor Bernardo José Guerra Caraballo a la abogada Eliana Pérez Sánchez.

SEGUNDO: Requerir al señor Bernardo José Guerra Caraballo para que dentro de los cinco (05) días siguientes, designe nuevo apoderado a fin de continuar con el trámite del proceso.

TERCERO: Abstenerse de tramitar la solicitud de regulación de honorarios solicitada por la abogada Eliana Pérez Sánchez de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Ramo Judicial
Corte Suprema de la Judicatura
República de Colombia



REGISTRACIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA



SIGMA





**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA PROBADO DE OFICIO EXCEPCIÓN PREVIA Y TERMINA EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00306
DEMANDANTE	Rosa María Fernández Ramírez
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...)”.

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”.

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

*“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la***

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados”
(negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172062641 de 23 de agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172062641 de 23 de agosto de 2021, visible a folios 19 a 23 del archivo digital 01Demanda.pdf, resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: *“... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”*

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$520208"

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 **"Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones"**, señala en su artículo 2º que **"Las solicitudes de**

*reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio***”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172062641 de 23 de agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

De la solicitud presentada por la apoderada de la parte demandante:

Obra en el expediente escrito presentado por la apoderada de la parte demandante y en el cual solicita que el Despacho se abstenga de darle trámite a los desistimientos masivos, toda vez que toda vez que obedecen a una presión, engaño, sabotaje jurídico de su actividad profesional. Igualmente solicita que, incidente de regulación de honorarios respecto de este docente y de todos lo que en radiquen este tipo de revocatoria; solicita inmediatamente compulsa de copias, por las malas prácticas éticos y profesionales que Rayan, en toda la ley 1123 de 2007, cómo comportamientos indecorosos, a la firma López Quintero abogados encabezada por su representante legal señor Giovanni

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



Lopez Quintero; y que si se le da trámite al desistimiento y revocatoria de poder se trata; exija el respectivo paz y salvo de la firma de abogados y de la abogada tal como lo contempla la ley.

Adjunta con su solicitud, escritos dentro de los cuales se observa documento suscrito por la señora Rosa María Fernández Ramírez, demandante dentro del presente proceso.

Respecto de la solicitud presentada por la abogada de la parte demandante, en primer lugar se advierte que revisado el expediente, no se encontró solicitud de revocatoria y/o desistimiento radicado por la demandante, distinto al que se aporta con su escrito y frente al cual es que precisamente solicita que no se le de trámite, por lo que al no mediar una solicitud concreta de desistimiento o revocatoria allegada por la titular del derecho, no hay lugar a pronunciarse frente al mismo ni a la procedencia de la regulación de honorarios, máxime cuando conforme a lo explicado en párrafos que anteceden, el Despacho encontró probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello declarará la terminación del proceso.

Finalmente, frente a la solicitud de compulsar copias para que se investigue la actuación de la firma de abogados mencionada, dentro del proceso, el Despacho no advierte la existencia de una actuación por parte de dicha firma, que obligue a esta Unidad Judicial a compulsar copias ante las autoridades disciplinarias y penales para que sea investigada. Por tanto, siendo la apoderada quien manifiesta tener conocimiento de la actuación que presuntamente a su juicio puede ser objeto de investigación, de encontrarlo pertinente cuenta con la posibilidad de radicar directamente su queja o denuncia ante las autoridades competentes.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*", conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

TERCERO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Corte Superior de la Judicatura
República de Colombia



AUSPICACIÓN DE LA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
— DE COLOMBIA

SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA PROBADO DE OFICIO EXCEPCIÓN PREVIA Y TERMINA EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00315
DEMANDANTE	Julio Eduardo Martínez Cardona
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...)”.

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”.

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

*“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la***

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados”
(negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172312821 de 10 de septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172312821 de 10 de septiembre de 2021, visible a folios 17 a 21 del archivo digital 01Demanda.pdf, resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse por el titular del derecho en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías"

En el extracto de intereses a las cesantías se reflejan los reportes de cesantías que anualmente remiten las Entidades territoriales certificadas para el pago de intereses, así como los valores pagados por concepto de intereses y la fecha de las nóminas en las cuales se incluyó los mencionados pagos

Consulte el paso a paso para el registro y posterior consulta de certificación <https://www.fomag.gov.co/fomagzp/login/GestLogin/registro>

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:
Fecha de Pago 31/03/2021

Valor pagado \$ 369.815"

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de**

reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 “*Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones*”, señala en su artículo 2º que “*Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente**, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos

administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. **Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado,** previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- **Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas,** previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172312821 de 10 de septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia del fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtirse para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



RESUELVE:

PRIMERO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

TERCERO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ

	Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura República de Colombia		SUBSECCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CORDOBA	SIGCMA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA				
La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__, el día 04/05/2022 , a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria .				
ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS Secretario				



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DECLARA TERMINADO EL PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00318
DEMANDANTE	Diego Luis Córdoba Vergara
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por el señor Diego Luis Córdoba Vergara, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a dilucove@hotmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado diego cordoba vergara. Sea del caso resaltar, que la abogada conocedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P., afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al poderdante, de quien además inicialmente

aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 20210172224951 de 02 de Septiembre de 2021, por medio del cual NIEGAN el derecho INDEMNIZACION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION OPORTUNA DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS Y CESANTIAS PER-SE DE LA VIGENCIA 2020, acto que se corresponde con el indicado en la demanda.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 27 el abril de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas de inepta demanda por no demandar un acto definitivo

Siendo la etapa siguiente la de resolver sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

“(....) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...).”

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...).”

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

“(...) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

*declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados**” (negritas del Despacho)³*

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172224951 de 02 de Septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del 20210172224951 de 02 de Septiembre de 2021, visible a folios 19 a 23 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de

los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva. Lo anterior siempre y cuando les asista este derecho."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que **"Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."**

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada"**

correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 “*Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones*”, señala en su artículo 2º que “*Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio***”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el

correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. **Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado,** previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172224951 de 02 de Septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtirse para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



RESUELVE:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

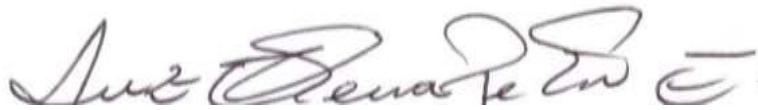
SEGUNDO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*", conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

CUARTO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ

		
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA		
La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__, el día 04/05/2022 , a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria .		
ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS Secretario		



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA NO SANEADO EL PROCESO Y DECLARA TERMINADO EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00320
DEMANDANTE	Jaime Rafael Álvarez Madera
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Que fijada la audiencia para el día 29 de marzo de 2021, esta no se realizó por lo que por auto de fecha 7 de abril de 2022, este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

Que vencido el término otorgado a la apoderada, no se allegó escrito alguno tendiente a subsanar las falencias advertidas, esto es, no se probó que el poderdante, quien es el titular del derecho reclamado, facultó a la apoderada para ejercer las acciones judiciales necesarias y en concreto medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, debiendo entender el Despacho tal y como se advirtió en la providencia de fecha 7 de abril de 2022, que el proceso no se saneó.

Así las cosas, al no haberse subsanado las falencias que fueron señaladas, se está ante una carencia de poder que impide continuar con el trámite del proceso, se dejarán sin efectos las actuaciones proferidas por el Despacho desde la admisión de la demanda y en consecuencia dar por terminado el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no saneado la falencia advertida con relación al poder que faculta a la

apoderada para presentar la demanda de la referencia, conforme a lo expuesto la parte motiva de la presente providencia.

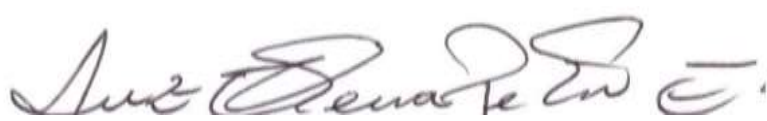
SEGUNDO: Dejar sin efecto las actuaciones del Despacho dentro del proceso de la referencia, desde el auto de fecha 27 de octubre de 2021 que resolvió admitir la demanda.

TERCERO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

CUARTO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



REGISTRACI6N DE LA
CONTENCI6N ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__ el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA NO SANEADO EL PROCESO Y DECLARA TERMINADO EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00321
DEMANDANTE	Nelly Morales Morelo
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Que fijada la audiencia para el día 29 de marzo de 2021, esta no se realizó por lo que por auto de fecha 7 de abril de 2022, este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

Que vencido el término otorgado a la apoderada, no se allegó escrito alguno tendiente a subsanar las falencias advertidas, esto es, no se probó que el poderdante, quien es el titular del derecho reclamado, facultó a la apoderada para ejercer las acciones judiciales necesarias y en concreto medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, debiendo entender el Despacho tal y como se advirtió en la providencia de fecha 7 de abril de 2022, que el proceso no se saneó.

Así las cosas, al no haberse subsanado las falencias que fueron señaladas, se está ante una carencia de poder que impide continuar con el trámite del proceso, se dejarán sin efectos las actuaciones proferidas por el Despacho desde la admisión de la demanda y en consecuencia dar por terminado el proceso.

De la solicitud presentada por la señora Nelly Morales Morelo:

Obra en el expediente escrito presentado por la señora Nelly Morales Morelo a través de la cual manifiesta que revoca cualquier poder o documento presentado por la firma ARS OCHOA y ABOGADOS SAS y solicita presentar el desistimiento y/o retiro de todo lo que repose a su nombre, toda vez que presentaron una demanda sin su consentimiento. Así

mismo, solicita que se compulsen copias al Consejo Superior de la judicatura, por haber presentado una demanda sin consentimiento y por considerar que son acciones fraudulentas.

Al respecto, encuentra el Despacho que el escrito presentado debería entenderse como una revocatoria de poder, pero al no haberse subsanado el proceso como se advirtió en los párrafos que anteceden, teniendo como consecuencia la terminación del proceso, no hay lugar a pronunciarse sobre su aceptación.

Finalmente, frente a la solicitud de compulsa de copias para que se investigue la actuación de la abogada, el Despacho señala que conforme a los documentos que obran en el proceso no se advierte una conducta flagrante fraudulenta que obligue a esta Unidad Judicial a compulsar copias ante las autoridades disciplinarias y penales para que sea investigada.

Por tanto, si se considera que se cuentan con elementos para atribuir a la actuación desplegada por la abogada ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ y la firma ARS OCHOA Y ASOCIADOS hechos que presuntamente pueden ser objeto de investigación y/o sanción, la parte cuenta con la posibilidad de radicar directamente su queja o denuncia ante las autoridades competentes.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no saneado la falencia advertida con relación al poder que faculta a la apoderada para presentar la demanda de la referencia, conforme a lo expuesto la parte motiva de la presente providencia.

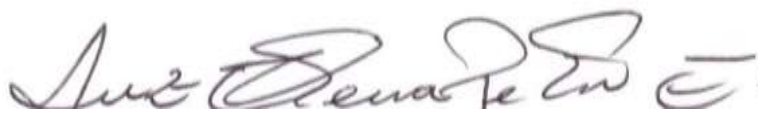
SEGUNDO: Dejar sin efecto las actuaciones del Despacho dentro del proceso de la referencia, desde el auto de fecha 27 de octubre de 2021 que resolvió admitir la demanda.

TERCERO: En consecuencia, **dar por terminado el presente proceso.**

CUARTO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ

	Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura República de Colombia		ADJUDICACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MONTERÍA	SIGCMA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA				
La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. _27_ el día 04/05/2022 , a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria .				
ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS Secretario				



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DECLARA TERMINADO EL PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00322
DEMANDANTE	ESTHER EMPERATRIZ MESTRA MORALES
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora ESTHER EMPERATRIZ MESTRA MORALES, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a stermestrea7122@hotmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado Esther Emperatriz Mestra Morales. Sea del caso resaltar, que la abogada conocedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P.,

afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 20210172336871 de 14 de Septiembre de 2021, por medio del cual NIEGAN el derecho INDEMNIZACION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION OPORTUNA DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS Y CESANTIAS PER-SE DE LA VIGENCIA 2020, acto que se corresponde con el indicado en la demanda.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 27 el abril de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas de inepta demanda por no demandar un acto definitivo

Siendo la etapa siguiente la de resolver sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del parágrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...).”

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...).”

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados**” (negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172336871 de 14 de Septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del 20210172336871 de 14 de septiembre de 2021, visible a folios 17 a 21 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás

decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse por el titular del derecho en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías"

En el extracto de intereses a las cesantías se reflejan los reportes de cesantías que anualmente remiten las Entidades territoriales certificadas para el pago de intereses, así como los valores pagados por concepto de intereses y la fecha de las nóminas en las cuales se incluyó los mencionados pagos. Consulte el paso a paso para el registro y posterior consulta de certificados: <https://www.fomag.gov.co/fomagzp/login/GestLogin/registro>

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Fecha de Pago 31/03/2021

Valor pagado \$ 322.894."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que “Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que *“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 *“Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones”,* señala en su artículo 2º que *“Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.*

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público

definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. **Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado,** previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172336871 de 14 de septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

CUARTO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



REGISTRACIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. 27 , el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DECLARA TERMINADO EL PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00324
DEMANDANTE	José Gregorio Padilla Burgos
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por el señor José Gregorio Padilla Burgos, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a burgosjose44@yahoo.es y josecpadilla.net@gmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado IMG-20220318-WA003 identificándose en la imagen adjunta un escrito de poder. Sea del caso resaltar, que la abogada conocedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P.,

afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 20210172224951 de 02 de Septiembre de 2021, por medio del cual NIEGAN el derecho INDEMNIZACION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION OPORTUNA DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS Y CESANTIAS PER-SE DE LA VIGENCIA 2020, acto que se corresponde con el indicado en la demanda.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 27 el abril de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas de inepta demanda por no demandar un acto definitivo

Siendo la etapa siguiente la de resolver sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...).”

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...).”

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados**” (negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172224951 de 02 de Septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172224951 de 02 de septiembre de 2021, visible a folios 17 a 21 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás

decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva. Lo anterior siempre y cuando les asista este derecho."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la

aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 “Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones”, señala en su artículo 2º que “Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172224951 de 02 de Septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

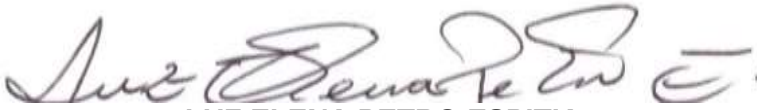
SEGUNDO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

CUARTO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



JURISDICCIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA



SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS DE CONCLUSION PARA DICTAR
SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00342
DEMANDANTE	ERNESTINA LICONA CASSERES
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora ERNESTINA LICONA CASSERES, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a nerysarli27@gmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde dicho correo al correo ajap2013@outlook.com, correo registrado en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado ernestina licona casseres. Sea del caso resaltar, que la abogada conecedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P., afirma que la dirección de

correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 003422 de 08 de septiembre de 2021, indicado en el libelo demandatorio.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 29 de octubre de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del parágrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada las contestaciones de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada “*inepta demanda*” y como excepciones de mérito indica las de “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido*” y por su parte, el Departamento de Córdoba propuso como excepciones las denominadas “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” y “*prescripción*”.

Por su parte, el Departamento de Córdoba notificado del auto admisorio, no contestó la demanda dentro del término del traslado.

Se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el

reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 03 de 22 de febrero de 2022 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 003422 de 08 de septiembre de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene

lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, no existen pruebas que practicar a solicitud de las partes o del Agente del Ministerio Público, por lo que el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 003242 de 07 de diciembre de 2016 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

CUARTO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

QUINTO: Téngase por no contestada la demanda por parte del Departamento de Córdoba.

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

SEXTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 003242 de 07 de diciembre de 2016 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.*

SÉPTIMO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

OCTAVO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

NOVENO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial

Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia



—REGISTRACIÓN DE LO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__ el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS
DE CONCLUSION PARA DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00343
DEMANDANTE	Alfonso Enrique Lafont Mercado
DEMANDADO	Municipio de Montería, Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para resolver sobre las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas se advierte lo siguiente:

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada las contestaciones de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada “*inepta demanda*” y como excepciones de mérito indica las de “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido*”.

Por su parte, el Departamento de Córdoba notificado del auto admisorio, no contestó la demanda dentro del término del traslado.

Se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el

reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 03 de 22 de febrero de 2022 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 003365 de 2 de septiembre de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene

lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, no existen pruebas que practicar a solicitud de las partes o del Agente del Ministerio Público, por lo que el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 000351de13de Febrero de 2017 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

CUARTO: Téngase por no contestada la demanda por parte del Departamento de Córdoba.

QUINTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 000351de13de Febrero de 2017 y como*

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

SSEXTO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

SSEXPTIMO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

SSEXTAVO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ASOCIACIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA



SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS
DE CONCLUSION PARA DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00364
DEMANDANTE	Luis Alberto Durango Villadiego
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para resolver sobre las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas se advierte lo siguiente:

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada las contestaciones de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada “*inepta demanda*” y como excepciones de mérito indica las de “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido*”.

Por su parte, el Departamento de Córdoba notificado del auto admisorio, contestó la demanda extemporáneamente, toda vez que el auto admisorio fue notificado a través de correo electrónico enviado el 22 de noviembre de 2021 y por tanto, de conformidad con lo dispuestos en los artículos 199 y 172 de CPACA, el término vencía el 31 de enero de 2022 y la contestación se allegó el día 07 de febrero de 2022, esto es por fuera del término previsto en la ley, por lo que se tendrá por no contestada la demanda.

Así, respecto de las excepciones propuestas por Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 03 de 22 de febrero de 2022 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 003357 de 2 de septiembre de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, no existen pruebas que practicar a solicitud de las partes o del Agente del Ministerio Público, por lo que el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

CUARTO: Téngase por no contestada la demanda por parte del Departamento de Córdoba,

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

QUINTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.*

SEXTO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

SÉPTIMO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

OCTAVO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ASOCIACIÓN DE LA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA



SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2022).

AUTO DE OBEDECIMIENTO Y CÚMPLASE DE FALLO DE TUTELA

Medio de control:	Controversias Contractuales.
Expediente:	23 001 33 33 005 2021 00006 .
Demandante:	Exploradora Córdoba SAS.
Demandado:	Universidad de Córdoba.

I. ANTECEDENTES

Mediante providencia del veintiséis (26) de noviembre de 2021 esta Unidad Judicial procedió a abstenerse de realizar audiencia inicial, tuvo por no contestada la demanda, negó una solicitud probatoria, fijó el litigio y ordenó la presentación de alegatos de conclusión una vez se encontrara en firme esa decisión, a efectos de expedir sentencia anticipada dentro del presente proceso.

Contra la decisión de tener por no contestada la demanda, el apoderado judicial de la Universidad de Córdoba interpuso recurso de reposición, mientras que el apoderado de la parte demandante impugnó la decisión de negar el decreto de la solicitud probatoria, siendo resueltos ambos recursos a través de providencia del quince (15) de diciembre de 2021 de manera desfavorable a los recurrentes y confirmando la decisión inicial.

Inconforme con lo anterior, el día cuatro (04) de abril de 2022 el ente universitario presentó acción de tutela contra esta Unidad Judicial, acción identificada con radicado 23 001 23 33 000 2022 00058 00 y cuyo conocimiento correspondió al Despacho 04 del Tribunal Administrativo de Córdoba. En la misma se invocó la adopción de una medida provisional encaminada a que el juzgado accionado se abstuviera de emitir sentencia hasta tanto fuese proferido el respectivo fallo, petición a la cual accedió la Corporación de conocimiento en providencia admisorio del seis (06) de abril de esta anualidad en los siguientes términos: “(...). OCTAVO: *Decretar la medida provisional solicitada por la parte actora conforme la motivación. En consecuencia, se ordena al Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería que se abstenga de proferir sentencia anticipada dentro del proceso de controversias contractuales que se tramita en dicha Unidad Judicial, bajo el radicado N° 23.001.33.33.005.2021.00006, donde obra como demandante la Sociedad Exploradora Córdoba S.A.S, y como demandada la Universidad de Córdoba, hasta tanto se decida de fondo la acción de tutela de la referencia*”.

En razón de lo anterior, el Juzgado procedió a expedir dentro del proceso ordinario la providencia adiada siete (07) de abril del presente año, en la que se dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por el Superior y abstenerse de dictar sentencia dentro del presente proceso hasta tanto se emitiera el respectivo fallo de tutela.

Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Córdoba mediante fallo del veintiocho (28) de abril de 2022, resolvió amparar los derechos fundamentales de la parte actora y señaló lo siguiente: “*Tutelar el derecho fundamental al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia invocado por la parte accionante, y , en consecuencia, dejar sin efectos el auto de fecha el auto de fecha 26 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, y todas las actuaciones procesales surtidas con posterioridad a ellas, para que en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir del día siguiente a la notificación de la presente providencia, el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, proceda a requerir por el término de tres (3) días a la parte demandada–Universidad de Córdoba–dentro del proceso de controversias contractuales bajo radicado N° 23.001.33.33.005.2021.00006.00, con el fin de que allegué el poder otorgado a la doctora Diana Melissa Castillo Peñates, con el lleno de los requisitos legales, ya sea conferido por mensaje de datos por parte del rector de la Universidad de*

Córdoba a la mencionada apoderada conforme los lineamiento establecidos en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020 o por presentación personal ante el juez o notario conforme lo establece el artículo 74 del CGP. Una vez vencido el término señalado anteriormente, proceda la autoridad judicial Tutelar el derecho fundamental al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia invocado por la parte accionante, y , en consecuencia, dejar sin efectos el auto de fecha el auto de fecha 26 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, y todas las actuaciones procesales surtidas con posterioridad a ellas, para que en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir del día siguiente a la notificación de la presente providencia, el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, proceda a requerir por el término de tres (3) días a la parte demandada–Universidad de Córdoba–dentro del proceso de controversias contractuales bajo radicado N° 23.001.33.33.005.2021.00006.00, con el fin de que allegué el poder otorgado a la doctora Diana Melissa Castillo Peñates, con el lleno de los requisitos legales, ya sea conferido por mensaje de datos por parte del rector de la Universidad de Córdoba a la mencionada apoderada conforme los lineamiento establecidos en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020 o por presentación personal ante el juez o notario conforme lo establece el artículo 74 del CGP. Una vez vencido el término señalado anteriormente, proceda la autoridad judicial a decidir lo que en derecho corresponda frente a la contestación de la demanda”.

En ese orden de ideas, se hace necesario dictar decisión judicial acogiendo lo dispuesto en precedencia, en el sentido de obedecer y cumplir lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Córdoba en el fallo de tutela invocado, dejar sin efectos la providencia cuestionada, requerir a la entidad demandada para que allegue el poder para actuar en los términos señalados y que por Secretaría se remita copia de esta providencia al expediente de tutela para acreditar el cumplimiento de las órdenes judiciales contenidas en el respectivo fallo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería,

I. RESUELVE

PRIMERO: Obedecer y cumplir lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Córdoba en el fallo de tutela del veintiocho (28) de abril de 2022, con radicado 23 001 23 33 000 2022 00058 00, mediante la cual resolvió la acción impetrada por la Universidad de Córdoba contra el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, conforme se indicó en precedencia.

SEGUNDO: En consonancia con lo señalado por el Superior, dejar sin efecto la providencia del veintiséis (26) de noviembre de 2021 mediante la cual esta Unidad Judicial se abstuvo de realizar audiencia inicial, tuvo por no contestada la demanda, negó una solicitud probatoria, fijó el litigio y ordenó la presentación de alegatos de conclusión una vez se encontrara en firme esa decisión, a efectos de expedir sentencia anticipada dentro del presente proceso.

TERCERO: En consecuencia, requerir a la Universidad de Córdoba para que en el término de tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a remitir con destino a este proceso, el poder para actuar debidamente conferido a la abogada Diana Melissa Castillo Peñates, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.067.928.664 y tarjeta profesional de abogado No. 270.392, con el lleno de los requisitos legales, ya sea otorgado mediante mensaje de datos por parte del Rector de la Universidad de Córdoba a la mencionada apoderada conforme los lineamientos establecidos en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020 o por presentación personal ante el juez o notario conforme lo establece el artículo 74 del CGP. Una vez vencido el término señalado, se procederá a decidir lo que en derecho corresponda frente a la contestación de la demanda surtida por el ente universitario, conforme lo ordenado por el Superior en el fallo de tutela señalado.

CUARTO: Ordenar que por Secretaría se remita copia de la presente providencia con destino al expediente de acción de tutela con radicado 23 001 23 33 000 2022 00058 00 que cursa en el Tribunal Administrativo de Córdoba.



QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás, con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA.
Jueza.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



AUTORIZACIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE CÓRDOBA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. **027** el día 04/05/2022, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

AUTO MODIFICA AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y restablecimiento del derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00076-00
DEMANDANTE	ANTONIO JOAQUIN FRANCO CORREA
DEMANDADO	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE MONTERÍA

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el proceso al Despacho para resolver sobre excepciones previas, advierte esta unidad judicial que se hace necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA¹, por cuanto se observa que la demanda se dirigió contra la Nación- Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Córdoba, pero fue admitida contra la primera de las entidades y el Municipio de Montería, dejándose de vincular al Departamento de Córdoba cuando de conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda puede verse afectado, al haber expedido la Resolución No. 000412 de 12 de febrero de 2021, acto administrativo que es objeto de demanda y por tanto, le asiste un interés en el resultado del proceso. En consecuencia, se procede a sanear esta irregularidad adicionando el numeral primero del auto de fecha 21 de julio de 2021, el cual quedará así:

PRIMERO: Admitir la presente demanda impetrada por Antonio Joaquín Franco Correa, a través de apoderado judicial contra el Municipio de Montería, Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora S.A y el Departamento de Córdoba, por encontrarse ajustada a derecho.

En consecuencia, se ordenará la notificación personal del auto admisorio y de la presente providencia al Departamento de Córdoba y efectuada la notificación, se corra traslado por el término de treinta (30) días, de conformidad con lo establecido en el Artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero del auto de fecha 21 de julio de 2021, el cual quedará así:

PRIMERO: ADMITIR la presente demanda impetrada por Antonio Joaquín Franco Correa, a través de apoderado judicial contra el Municipio de Montería, Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora S.A y el Departamento de Córdoba, por encontrarse ajustada a derecho.

¹ **ARTÍCULO 207. CONTROL DE LEGALIDAD.** Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al Departamento de Córdoba, conforme a lo señalado en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. Advirtiéndole a la entidad demandada que el citado término se entenderá realizada una vez transcurridos dos (02) días hábiles siguientes al envío del mensaje de datos y los términos empezaran a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

TERCERO: Efectuadas las notificaciones, córrase traslado de la demanda al Departamento de Córdoba, por el término de 30 días, de conformidad con los artículos 172 y 199 del CPACA.

CUARTO: Vencido los términos anteriores, vuelva el proceso al Despacho para continuar con su trámite.

QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás, con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en el canal digital: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
Juez



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



JURISDICCIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE CÓRDOBA



SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS
DE CONCLUSION PARA DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00085
DEMANDANTE	Rafael Emiro Flórez Montes
DEMANDADO	Municipio de Montería, Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para resolver sobre las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas se advierte lo siguiente:

Cuestión previa

El escrito de demanda se dirige contra “*Gobernación de Córdoba–Secretaría de Educación –Ministerio de Educación Nacional y Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A*”. A través de auto de fecha 6 de mayo de 2021, el Despacho resolvió admitir la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho instaurada por el señor Rafael Emiro Flórez Montes contrala Nación-Ministerio de Educación -F.N.P.S.M, omitiéndose indicar que la demanda se admitía contra el Departamento de Córdoba, no obstante dicha providencia acompañada de la demanda y anexos, fue notificada al correo de esta entidad, quien allegó escrito de contestación el día 3 de agosto de 2021, encontrándose dentro del término de traslado de la demanda, el cual vencía el 12 de agosto de 2021, atendiendo a que la notificación por correo se realizó el 25 de junio de 2021 y a lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA.

En atención a lo anterior, al haber comparecido al proceso todas las partes demandadas, procederá el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones que tengan el carácter de previas presentadas tanto por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Córdoba.

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del parágrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada las contestaciones de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada “*inepta demanda*” y como excepciones de mérito indica las de “*prescripción*” y “*cobro de lo*

no debido” y por su parte, el Departamento de Córdoba propuso como excepciones las denominadas “falta de legitimación en la causa por pasiva” y “prescripción”

Se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 03 de 22 de febrero de 2022 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 000413 de 12 de febrero de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

- i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesorio a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, solicita la parte actora que se decrete como prueba el interrogatorio de parte de las siguientes personas: el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces; del Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO y/o quien haga sus veces. En su escrito justifica la petición de prueba en los siguientes términos: “*INTERROGATORIO DE PARTE Ante la divergencia, desviación y/o desconocimiento de los verdaderos hechos que cimientan nuestra demanda, esto es, la Nulidad del Acto Administrativo resolución No*”

Frente a esta petición, la apoderada de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó que no se accediera al decreto, por considerarla impertinente, inconducente e inútil.

Con relación a la prueba de interrogatorio de parte, el artículo 198 del C.G.P. señala que el Juez, podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso. Respecto del alcance del medio de prueba, el Consejo de Estado³ ha precisado:

“La prueba de declaración de parte se encuentra regulada en el Código General del Proceso en los artículos 191 a 205. De acuerdo con lo precisado por esta Corporación, “[...] el interrogatorio de parte es un medio probatorio que reviste una especial connotación en el curso de un proceso, en la medida en que es una prueba que se origina en la declaración de una de las partes, sobre hechos que interesan al proceso. Esta declaración, tiene origen en la respuesta a una serie de preguntas formuladas

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera, consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, Auto de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00323-00A

por la parte interesada en llevar a cabo el medio probatorio, erigiéndose éste en una forma de provocar la confesión".

La doctrina nacional ha señalado igualmente que "Este medio de prueba tiene como finalidad permitir que las partes, es decir, quienes se hallan ubicados como demandantes o demandados o quienes tienen la calidad de otras partes y excepcionalmente, en casos taxativamente señalados por la ley, otros sujetos de derecho distintos de los anteriores que estén habilitados para rendir esta clase de interrogatorio, presenten su versión acerca de hechos que interesan al proceso con la posibilidad especial de que si se dan los requisitos que la ley prescribe, de su versión se estructure una confesión."

Consecuente con lo anterior, es necesario indicar que en atención a la calidad de las personas frente a las cuales se solicita se decrete interrogatorio de parte, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 195 del C.G.P el cual señala que *"No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas"*. En ese sentido, para el Despacho no es procedente decretar el interrogatorio solicitado por la demandante con relación a los Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO.

Ahora bien, como el inciso segundo del artículo 195 del C.G.P., dispone que tratándose de representantes de entidades públicas, si bien no es válida su confesión puede pedírseles que rindan informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, a efectos de determinar si se accede o no este medio de prueba, se analizarán si se cumple con los requisitos generales para su decreto.

Así, el artículo 168 del C.G.P aplicable por la remisión expresa del artículo 211 del CPACA, dispone: "El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles". Sobre dichos requisitos en su oportunidad, el Consejo de Estado⁴ manifestó:

"Como primera medida, la Sala se permite precisar que de conformidad el artículo 168 del Código General del Proceso - aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- es enfático en prescribir que el juez debe rechazar "las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.

Sobre el punto, se debe tener en cuenta que "...la importancia de la prueba está en relación directa con el principio de necesidad. Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho y el juez no está llamado a subsanar la falta de pruebas con el mero conocimiento privado o personal".

En términos de la Corte Constitucional, "...las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos".

Visto así el asunto, es claro que para que una prueba pueda ser decretada ésta debe tener conexidad con los hechos objeto de controversia dentro del proceso.

Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a: 1. Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso. 2. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho. 3. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales. 4. Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba. 5.

4 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00018-00(S)

Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.”

En el presente caso, como se indicó en párrafos anteriores, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas que fueron reconocidas a través de la Resolución No. 001753 de 027 de julio de 2016, negado a través de la Resolución No. 000413 de 12 de Febrero de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, que para el Despacho se circunscribe a un asunto de puro derecho que se define a partir del análisis de la norma que regula el reconocimiento de la prestación solicitada y de la prueba documental aportada en el proceso, toda vez que con ellas se demostraría no solo si el actor petitionó ante la entidad el derecho reclamado, sino si cumple con los requisitos para su reconocimiento, así como si la demandada atendió la petición dentro del término de ley y bajo los supuestos normativos para su reconocimiento y liquidación.

En ese sentido, visto que la parte actora no es clara en el hecho que se pretende probar cuando solicitó el interrogatorio de parte y a que se está ante un asunto de aplicación normativa, encuentra el Despacho que no resulta conducente y pertinente requerir por escrito informe a los representantes legales de las entidades antes indicadas, por lo que conforme lo dispone el artículo 168 del C.G.P., se rechazará de plano.

Bajo esos mismos argumentos con relación a la solicitud de interrogatorio que se hace frente a los señores el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces, quienes no ostentan la calidad de Representante Legales no puede decretarse dicha prueba.

Así las cosas, no existiendo otras pruebas que practicar a petición del demandante y no habiéndose solicitado pruebas por parte de la demandada, el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 001753 de 027 de julio de 2016 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la

contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

CUARTO: Negar la prueba de interrogatorio de parte solicitada por la parte actora en el escrito de reforma de la demanda.

QUINTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 001753 de 027 de julio de 2016 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.*

SEXTO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

SÉPTIMO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

OCTAVO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ASOCIACIÓN DE LA
CONTADURÍA ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__ ,el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS
DE CONCLUSION PARA DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00114
DEMANDANTE	Alberto Rafael Flórez Pérez
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para resolver sobre las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas se advierte lo siguiente:

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada la contestación de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada “*inepta demanda*” y como excepciones de mérito indica las de “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido*”.

Por su parte, el Departamento de Córdoba notificado del auto admisorio, no contestó la demanda dentro del término del traslado.

Se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 03 de 22 de febrero de 2022 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 000775 de 23 de marzo de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesorio a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la

fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, solicita la parte actora que se decrete como prueba el interrogatorio de parte de las siguientes personas: el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces; del Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO y/o quien haga sus veces.

Frente a esta petición, la apoderada de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó que no se accediera al decreto, por considerarla impertinente, inconducente e inútil.

Con relación a la prueba de interrogatorio de parte, el artículo 198 del C.G.P. señala que el Juez, podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso. Respecto del alcance del medio de prueba, el Consejo de Estado³ ha precisado:

“La prueba de declaración de parte se encuentra regulada en el Código General del Proceso en los artículos 191 a 205. De acuerdo con lo precisado por esta Corporación, “[...] el interrogatorio de parte es un medio probatorio que reviste una especial connotación en el curso de un proceso, en la medida en que es una prueba que se origina en la declaración de una de las partes, sobre hechos que interesan al proceso. Esta declaración, tiene origen en la respuesta a una serie de preguntas formuladas por la parte interesada en llevar a cabo el medio probatorio, erigiéndose éste en una forma de provocar la confesión”.

La doctrina nacional ha señalado igualmente que “Este medio de prueba tiene como finalidad permitir que las partes, es decir, quienes se hallan ubicados como demandantes o demandados o quienes tienen la calidad de otras partes y excepcionalmente, en casos taxativamente señalados por la ley, otros sujetos de derecho distintos de los anteriores que estén habilitados para rendir esta clase de interrogatorio, presenten su versión acerca de hechos que interesan al proceso con la posibilidad especial de que si se dan los requisitos que la ley prescribe, de su versión se estructure una confesión.”

Consecuente con lo anterior, es necesario indicar que en atención a la calidad de las personas frente a las cuales se solicita se decrete interrogatorio de parte, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 195 del C.G.P el cual señala que “*No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas*”. En ese sentido, para el Despacho no es procedente decretar el interrogatorio solicitado por la demandante con relación a los Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO.

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera, consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, Auto de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00323-00A

Ahora bien, como el inciso segundo del artículo 195 del C.G.P., dispone que tratándose de representantes de entidades públicas, si bien no es válida su confesión puede pedírseles que rindan informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, a efectos de determinar si se accede o no este medio de prueba, se analizarán si se cumple con los requisitos generales para su decreto.

Así, el artículo 168 del C.G.P aplicable por la remisión expresa del artículo 211 del CPACA, dispone: “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”. Sobre dichos requisitos en su oportunidad, el Consejo de Estado⁴ manifestó:

“Como primera medida, la Sala se permite precisar que de conformidad el artículo 168 del Código General del Proceso - aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- es enfático en prescribir que el juez debe rechazar “las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.

Sobre el punto, se debe tener en cuenta que “...la importancia de la prueba está en relación directa con el principio de necesidad. Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho y el juez no está llamado a subsanar la falta de pruebas con el mero conocimiento privado o personal”.

En términos de la Corte Constitucional, “...las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos”.

Visto así el asunto, es claro que para que una prueba pueda ser decretada ésta debe tener conexidad con los hechos objeto de controversia dentro del proceso.

Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a: 1. Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso. 2. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho. 3. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales. 4. Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba. 5. Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.”

En el presente caso, como se indicó en párrafos anteriores, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas que fueron reconocidas a través de la Resolución No. 001768 de 28 de Diciembre de 2012, negado a través de la Resolución No. 000775 de 23 de marzo de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, que para el Despacho se circunscribe a un asunto de puro derecho que se define a partir del análisis de la norma que regula el reconocimiento de la prestación solicitada y de la prueba documental aportada en el proceso, toda vez que con ellas se demostraría no solo si el actor petitionó ante la entidad el derecho reclamado, sino si cumple con los requisitos para su reconocimiento, así como si la demandada atendió la petición dentro del término de ley y bajo los supuestos normativos para su reconocimiento y liquidación.

En ese sentido, visto que la parte actora no es clara en el hecho que se pretende probar cuando solicitó el interrogatorio de parte y a que se está ante un asunto de aplicación normativa, encuentra el Despacho que no resulta conducente y pertinente requerir por

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00018-00(S)

escrito informe a los representantes legales de las entidades antes indicadas, por lo que conforme lo dispone el artículo 168 del C.G.P., se rechazará de plano.

Bajo esos mismos argumentos con relación a la solicitud de interrogatorio que se hace frente a los señores el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces, quienes no ostentan la calidad de Representante Legales no puede decretarse dicha prueba.

Así las cosas, no existiendo otras pruebas que practicar a petición del demandante y no habiéndose solicitado pruebas por parte de la demandada, el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas que le fueron reconocidas mediante la Resolución No. 001768 de 28 de Diciembre de 2012 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

CUARTO: Negar la prueba de interrogatorio de parte solicitada por la parte actora en el escrito de reforma de la demanda.

QUINTO: Téngase por no contestada la demanda por parte del Departamento de Córdoba.

SEXTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas que le fueron reconocidas mediante la Resolución No. 001768 de 28 de Diciembre de 2012 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.*

SÉPTIMO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las

partes y al agente del ministerio público.

OCTAVO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

NOVENO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



—ASOCIACIÓN DE LA
CONTENCIÓN ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA



SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS DE CONCLUSION PARA DICTAR
SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00116
DEMANDANTE	Elizabeth María Vidal Fuentes
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora Elizabeth María Vidal Fuentes, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a luisroberto2618@gmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde dicho correo al correo ajap2013@outlook.com, correo registrado en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado Elizabeth María Vidal Fuentes. Sea del caso resaltar, que la abogada conecedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P., afirma que la

dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 001238 de 20 de abril de 2021, indicado en el libelo demandatorio.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 27 el abril de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

Cuestión previa

El escrito de demanda se dirige contra *“Gobernación de Córdoba–Secretaría de Educación –Ministerio de Educación Nacional y Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A”*. A través de auto de fecha 12 de mayo de 2021, el Despacho resolvió admitir la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho instaurada por la señora Elizabeth María Vidal Fuentes contra la Nación-Ministerio de Educación -F.N.P.S.M, omitiéndose indicar que la demanda se admitía contra el Departamento de Córdoba, no obstante dicha providencia acompañada de la demanda y anexos, fue notificada al correo de esta entidad, quien allegó escrito de contestación el día 27 de julio de 2021, encontrándose dentro del término de traslado de la demanda, el cual vencía el 18 de agosto de 2021, atendiendo a que la notificación por correo se realizó el 25 de junio de 2021 y a lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA.

En atención a lo anterior, al haber comparecido al proceso todas las partes demandadas, procederá el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones que tengan el carácter de previas presentadas tanto por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Córdoba.

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 *< 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 >*, se dispuso en el inciso segundo, del parágrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada las contestaciones de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada *“inepta demanda”* y como excepciones de mérito indica las de *“prescripción”* y *“cobro de lo no debido”* y por su parte, el Departamento de Córdoba propuso como excepciones las denominadas *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“prescripción”*.

Se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 03 de 22 de febrero de 2022 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 001238 de 20 de abril de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar

cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, solicita la parte actora que se decrete como prueba el interrogatorio de parte de las siguientes personas: el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces; del Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO y/o quien haga sus veces. En su escrito justifica la petición de prueba en los siguientes términos: “*INTERROGATORIO DE PARTE Ante la divergencia, desviación y/o desconocimiento de los verdaderos hechos que cimientan nuestra demanda, esto es, la Nulidad del Acto Administrativo resolución No*”

Frente a esta petición, la apoderada de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó que no se accediera al decreto, por considerarla impertinente, inconducente e inútil.

Con relación a la prueba de interrogatorio de parte, el artículo 198 del C.G.P. señala que el Juez, podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso. Respecto del alcance del medio de prueba, el Consejo de Estado³ ha precisado:

“La prueba de declaración de parte se encuentra regulada en el Código General del Proceso en los artículos 191 a 205. De acuerdo con lo precisado por esta Corporación, “[...] el interrogatorio de parte es un medio probatorio que reviste una especial connotación en el curso de un proceso, en la medida en que es una prueba que se origina en la declaración de una de las partes, sobre hechos que interesan al proceso. Esta declaración, tiene origen en la respuesta a una serie de preguntas formuladas por la parte interesada en llevar a cabo el medio probatorio, erigiéndose éste en una forma de provocar la confesión”.

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera, consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, Auto de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00323-00A

La doctrina nacional ha señalado igualmente que "Este medio de prueba tiene como finalidad permitir que las partes, es decir, quienes se hallan ubicados como demandantes o demandados o quienes tienen la calidad de otras partes y excepcionalmente, en casos taxativamente señalados por la ley, otros sujetos de derecho distintos de los anteriores que estén habilitados para rendir esta clase de interrogatorio, presenten su versión acerca de hechos que interesan al proceso con la posibilidad especial de que si se dan los requisitos que la ley prescribe, de su versión se estructure una confesión."

Consecuente con lo anterior, es necesario indicar que en atención a la calidad de las personas frente a las cuales se solicita se decrete interrogatorio de parte, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 195 del C.G.P el cual señala que *"No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas"*. En ese sentido, para el Despacho no es procedente decretar el interrogatorio solicitado por la demandante con relación a los Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO.

Ahora bien, como el inciso segundo del artículo 195 del C.G.P., dispone que tratándose de representantes de entidades públicas, si bien no es válida su confesión puede pedírseles que rindan informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, a efectos de determinar si se accede o no este medio de prueba, se analizarán si se cumple con los requisitos generales para su decreto.

Así, el artículo 168 del C.G.P aplicable por la remisión expresa del artículo 211 del CPACA, dispone: "El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles". Sobre dichos requisitos en su oportunidad, el Consejo de Estado⁴ manifestó:

"Como primera medida, la Sala se permite precisar que de conformidad el artículo 168 del Código General del Proceso - aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- es enfático en prescribir que el juez debe rechazar "las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.

Sobre el punto, se debe tener en cuenta que "...la importancia de la prueba está en relación directa con el principio de necesidad. Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho y el juez no está llamado a subsanar la falta de pruebas con el mero conocimiento privado o personal".

En términos de la Corte Constitucional, "...las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos".

Visto así el asunto, es claro que para que una prueba pueda ser decretada ésta debe tener conexidad con los hechos objeto de controversia dentro del proceso.

Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a: 1. Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso. 2. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho. 3. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales. 4. Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba. 5. Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho."

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00018-00(S)

En el presente caso, como se indicó en párrafos anteriores, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas que fueron reconocidas a través de la Resolución No. 0015 de 9 enero de 2013, negado a través de la Resolución No. 001238 de 20 de abril de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, que para el Despacho se circunscribe a un asunto de puro derecho que se define a partir del análisis de la norma que regula el reconocimiento de la prestación solicitada y de la prueba documental aportada en el proceso, toda vez que con ellas se demostraría no solo si el actor petitionó ante la entidad el derecho reclamado, sino si cumple con los requisitos para su reconocimiento, así como si la demandada atendió la petición dentro del término de ley y bajo los supuestos normativos para su reconocimiento y liquidación.

En ese sentido, visto que la parte actora no es clara en el hecho que se pretende probar cuando solicitó el interrogatorio de parte y a que se está ante un asunto de aplicación normativa, encuentra el Despacho que no resulta conducente y pertinente requerir por escrito informe a los representantes legales de las entidades antes indicadas, por lo que conforme lo dispone el artículo 168 del C.G.P., se rechazará de plano.

Bajo esos mismos argumentos con relación a la solicitud de interrogatorio que se hace frente a los señores el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces, quienes no ostentan la calidad de Representante Legales no puede decretarse dicha prueba.

Así las cosas, no existiendo otras pruebas que practicar a petición del demandante y no habiéndose solicitado pruebas por parte de la demandada, el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 0015 de 9 enero de 2013 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

CUARTO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

QUINTO: Negar la prueba de interrogatorio de parte solicitada por la parte actora en el escrito de reforma de la demanda.

SEXTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 0015 de 9 enero de 2013 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.*

SÉPTIMO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el termino de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

OCTAVO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

NOVENO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



—ASOCIACIÓN DE LA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__ ,el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS DE CONCLUSION PARA DICTAR
SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00128
DEMANDANTE	Emilio Antonio Pinedo Cárdenas
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora Emilio Antonio Pinedo Cárdenas, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a leydipine@hotmail.com y mariopinedo26@hotmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado Emilio Antonio Pinedo Cárdenas. Sea del caso resaltar, que la abogada conocedora de los deberes que le asisten en virtud

del artículo 78 del C.G.P., afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 1266 de 20 de Abril de 2021, indicado en el libelo demandatorio.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 29 el abril de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del parágrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada las contestaciones de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada “*inepta demanda*” y como excepciones de mérito indica las de “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido*” y por su parte, el Departamento de Córdoba propuso como excepciones las denominadas “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” y “*prescripción*”.

Se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 03 de 22 de febrero de 2022 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 001266 de 20 de abril de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la

fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, solicita la parte actora que se decrete como prueba el interrogatorio de parte de las siguientes personas: el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces; del Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO y/o quien haga sus veces. En su escrito justifica la petición de prueba en los siguientes términos: “*INTERROGATORIO DE PARTE Ante la divergencia, desviación y/o desconocimiento de los verdaderos hechos que cimientan nuestra demanda, esto es, la Nulidad del Acto Administrativo resolución No*”

Frente a esta petición, la apoderada de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó que no se accediera al decreto, por considerarla impertinente, inconducente e inútil.

Con relación a la prueba de interrogatorio de parte, el artículo 198 del C.G.P. señala que el Juez, podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso. Respecto del alcance del medio de prueba, el Consejo de Estado³ ha precisado:

“La prueba de declaración de parte se encuentra regulada en el Código General del Proceso en los artículos 191 a 205. De acuerdo con lo precisado por esta Corporación, “[...] el interrogatorio de parte es un medio probatorio que reviste una especial connotación en el curso de un proceso, en la medida en que es una prueba que se origina en la declaración de una de las partes, sobre hechos que interesan al proceso. Esta declaración, tiene origen en la respuesta a una serie de preguntas formuladas por la parte interesada en llevar a cabo el medio probatorio, erigiéndose éste en una forma de provocar la confesión”.

La doctrina nacional ha señalado igualmente que “Este medio de prueba tiene como finalidad permitir que las partes, es decir, quienes se hallan ubicados como demandantes o demandados o quienes tienen la calidad de otras partes y excepcionalmente, en casos taxativamente señalados por la ley, otros sujetos de derecho distintos de los anteriores que estén habilitados para rendir esta clase de interrogatorio, presenten su versión acerca de hechos que interesan al proceso con la posibilidad especial de que si se dan los requisitos que la ley prescribe, de su versión se estructure una confesión.”

Consecuente con lo anterior, es necesario indicar que en atención a la calidad de las personas frente a las cuales se solicita se decrete interrogatorio de parte, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 195 del C.G.P el cual señala que “*No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas*”. En ese sentido, para el Despacho no es procedente decretar el interrogatorio solicitado por la demandante con

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera, consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, Auto de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00323-00A

relación a los Representante Legal de Fiduprevisora S.A –GLORIA INES CORTES y/o quien haga sus veces y de la Ministra de Educación Nacional –MARIA VICTORIA ANGULO.

Ahora bien, como el inciso segundo del artículo 195 del C.G.P., dispone que tratándose de representantes de entidades públicas, si bien no es válida su confesión puede pedírseles que rindan informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, a efectos de determinar si se accede o no este medio de prueba, se analizarán si se cumple con los requisitos generales para su decreto.

Así, el artículo 168 del C.G.P aplicable por la remisión expresa del artículo 211 del CPACA, dispone: “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”. Sobre dichos requisitos en su oportunidad, el Consejo de Estado⁴ manifestó:

“Como primera medida, la Sala se permite precisar que de conformidad el artículo 168 del Código General del Proceso - aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- es enfático en prescribir que el juez debe rechazar “las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.

Sobre el punto, se debe tener en cuenta que “...la importancia de la prueba está en relación directa con el principio de necesidad. Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho y el juez no está llamado a subsanar la falta de pruebas con el mero conocimiento privado o personal”.

En términos de la Corte Constitucional, “...las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos”.

Visto así el asunto, es claro que para que una prueba pueda ser decretada ésta debe tener conexidad con los hechos objeto de controversia dentro del proceso.

Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a: 1. Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso. 2. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho. 3. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales. 4. Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba. 5. Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.”

En el presente caso, como se indicó en párrafos anteriores, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas que fueron reconocidas a través de la Resolución No. 001874 de 18 diciembre de 2013, negado a través de la Resolución No. 001266 de 20 de abril de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, que para el Despacho se circunscribe a un asunto de puro derecho que se define a partir del análisis de la norma que regula el reconocimiento de la prestación solicitada y de la prueba documental aportada en el proceso, toda vez que con ellas se demostraría no solo si el actor petitionó ante la entidad el derecho reclamado, sino si cumple con los requisitos para su reconocimiento, así como si la demandada atendió la petición dentro del término de ley y bajo los supuestos normativos para su reconocimiento y liquidación.

En ese sentido, visto que la parte actora no es clara en el hecho que se pretende probar cuando solicitó el interrogatorio de parte y a que se está ante un asunto de aplicación

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00018-00(S)

normativa, encuentra el Despacho que no resulta conducente y pertinente requerir por escrito informe a los representantes legales de las entidades antes indicadas, por lo que conforme lo dispone el artículo 168 del C.G.P., se rechazará de plano.

Bajo esos mismos argumentos con relación a la solicitud de interrogatorio que se hace frente a los señores el Secretario de Educación Ana Caldera Oyola y/o quien haga sus veces; del líder del fondo de prestaciones: Vladimir Peinado Rojas y/o quien haga sus veces, quienes no ostentan la calidad de Representante Legales no puede decretarse dicha prueba.

Así las cosas, no existiendo otras pruebas que practicar a petición del demandante y no habiéndose solicitado pruebas por parte de la demandada, el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 01874 de 18 de diciembre de 2013 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

CUARTO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

QUINTO: Negar la prueba de interrogatorio de parte solicitada por la parte actora en el escrito de reforma de la demanda.

SEXTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas reconocidas al demandante a través de la Resolución No. 001874 de 18 diciembre de 2013 y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.*

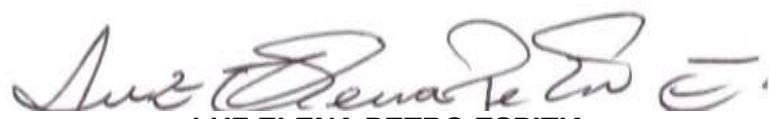
SÉPTIMO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de

conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

OCTAVO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

NOVENO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



—JURISDICCIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA

SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y DISPONE PRESENTACION DE ALEGATOS
DE CONCLUSION PARA DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00201
DEMANDANTE	Enrique Eliecer Fuentes Negrete
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Municipio de Montería

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para resolver sobre las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas se advierte lo siguiente:

De las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas

Es de señalar que mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del parágrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, aclarando además que las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, revisada la contestación de la demanda, advierte esta Unidad Judicial que la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso como excepción previa la denominada “*inepta demanda*” y como excepciones de mérito indica las de “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido*”.

Por su parte, el Municipio de Montería presentó las excepciones de “Prescripción de los derechos reclamados”, “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “falta de causa para demandar”, “Innominada”.

Se torna pertinente señalar que si bien el artículo 101 del CGP, dispone las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, y la parte demandada interpuso la excepción previa de manera conjunta con la contestación de la demanda, esta Unidad Judicial en virtud del principio de lo sustancial sobre lo formal, procederá a estudiar la excepción previa de *inepta demanda*, presentada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse contemplada como excepción previa en el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

Ahora, para fundamentar la anterior excepción, aduce la apoderada, que del estudio realizado a la demanda, advierte que el demandante ha planteado pretensiones excluyentes entre sí, al solicitar de manera principal que se le reconozca y pague el reajuste de cesantías definitivas y el pago de la sanción mora, de modo que el proceso carecería del presupuesto legal de demanda en forma, pues, sostiene que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca una sanción.

En relación a lo anterior, mediante traslado secretarial No. 023 de 26 de noviembre de 2021 se corrió traslado de las excepciones propuestas. Al respecto, la parte actora no se pronunció.

Frente a los argumentos que sustentan la excepción, se hace necesario señalar, que sobre la acumulación de pretensiones el artículo 165 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente proceso, la parte actora pretende que se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho al reajuste de las cesantías definitivas, negado a través de la Resolución No. 0175 de 10 de febrero de 2021 y como consecuencia de dicho reconocimiento, se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

Para la demandada, se trataría de pretensiones excluyentes en el entendido que no se puede solicitar el reconocimiento de una sanción, cuando no le ha sido reconocido el pago de reajuste de las cesantías sobre las cuales pretende se le reconozca la misma.

Al respecto, se torna pertinente señalar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por no el no pago oportuno de cesantías el Consejo de Estado en sentencia de unificación del dieciocho (18) de julio de 2018 con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala lo siguiente:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 d1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

Así, es claro que la sanción moratoria se ocasiona por el no pago de las cesantías dentro de los términos señalados por la ley. En ese sentido, tenemos que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la

fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente¹. Bajo ese entendido, no sería excluyente con la pretensión de ajuste de reconocimiento de cesantía.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto esta Unidad Judicial declarará no probada la excepción de “*inepta demanda*” propuesta por la parte demandada.

De la procedencia de fijar fecha para la audiencia inicial

Resuelto lo anterior, advierte esta Unidad Judicial, que conforme el numeral 1° del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021², se podrá dictar sentencia anticipada cuando se trate a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

En el presente caso, se observa que la parte actora y la Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio no solicitaron la practica de pruebas. Por su parte, el apoderado del Municipio de Montería dentro del acápite denominado medios de pruebas solicitó: “*Me permito solicitarle al despacho requerir al municipio de Montería, a fin de que aporte todo el expediente administrativo que repose en sus archivos de la accionada*”.

Para el Despacho lo pretendido por el apoderado del municipio de Montería, es que se ordenara el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 175 del CPACA, referido a que con la contestación de la demanda deben aportarse las pruebas que se pretendan hacer valer y que estén en poder de la parte accionada, obligación que le correspondía cumplir a la entidad al momento de ejercer su derecho de defensa y contradicción, sin necesidad de orden judicial. Pese a ello, al momento de admitirse la demanda, el Despacho en el numeral cuarto del auto admisorio, oficiosamente requirió al municipio de Montería para que cumpliera con su obligación, es decir que se cumplió con el objeto de la petición que realiza el apoderado.

Ahora bien, se advierte que con el escrito de contestación el Municipio de Montería, allegó documentos que si bien serán valorados al momento de dictar sentencia, se observa que se refieren entre otros, a actos administrativos, actos de posesión, liquidaciones relacionadas con el demandante, por lo que no se accederá a la petición del apoderado.

Así las cosas, no existiendo pruebas que practicar a petición del demandante y no habiéndose solicitado pruebas por parte de la demandada, el Despacho se abstendrá de realizar la audiencia inicial, y tendrá como pruebas las allegadas oportunamente con la demanda, su reforma y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

De otra parte, se fijará el litigio en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del literal d del numeral 1 del artículo 182A ibídem, de la siguiente forma:

Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

En ese orden, una vez ejecutoriada esta providencia se dispondrá la presentación por escrito de los alegatos de conclusión de las partes y que el Ministerio Público rinda concepto, si a bien lo tiene, dentro de los diez (10) días siguientes a la presente providencia. Cumplido lo anterior se dictará sentencia anticipada por escrito. Para lo cual se ordenará que por secretaría se comparta el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., Veinte (20) De Septiembre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 08001-23-33-000-2014-00389-01(0240-16)

² Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. (...)

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese no probada la excepción “*inepta demanda*” por la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Abstenerse de fijar fecha para realización de audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Ténganse como pruebas las allegadas oportunamente con la demandada y la contestación, las cuales serán valoradas al momento de proferirse sentencia.

CUARTO: No acceder a la solicitud de requerimiento indicada en la contestación de la demanda presentada por el Municipio de Montería, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Fíjese el litigio en el presente asunto de la siguiente forma: *Le asiste el derecho al demandante, a que se le reconozca el reajuste a las cesantías definitivas y como consecuencia de ello se ordene el pago de la sanción moratoria al no haberse pagado el reajuste solicitado dentro del término previsto en la ley; o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran expedidos conforme al ordenamiento jurídico.*

SEXTO: Ejecutoriada esa providencia, córrase traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Para lo anterior compártase por secretaría el expediente digital a las partes y al agente del ministerio público.

SÉPTIMO: Cumplido lo anterior, ingrese el expediente a despacho para dictar sentencia anticipada.

OCTAVO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial

Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia



JURISDICCIÓN DE LO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

— DE COLOMBIA —

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__, el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS

Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA PROBADO DE OFICIO UNA EXCEPCIÓN PREVIA Y TERMINA EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00291
DEMANDANTE	Yair Enrique González Hernández
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...)”.

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”.

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

*“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la***

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados”
(negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo *“toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos”*⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172224951 de 02 de septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172224951 de 02 de septiembre de 2021, visible a folios 18 a 24 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud referente a 2703 docentes según radicado 20211012164882 nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizará dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaría de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: *“... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programará pagos posteriores...”*

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva. Lo anterior siempre y cuando les asista este derecho."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 **"Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones"**, señala en su artículo 2º que **"Las solicitudes de**

*reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio***”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172224951 de 02 de septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

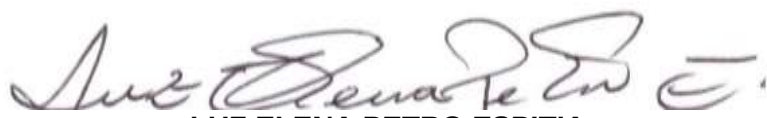
6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

TERCERO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



REGISTRACIÓN DE LA
CONTENCIÓN ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__, el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA PROBADO DE OFICIO EXCEPCIÓN PREVIA Y TERMINA EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00293
DEMANDANTE	Ruth Candelaria Morelo Payares
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...)”.

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”.

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

*“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la***

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados”
(negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172229841 de 02 de septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172229841 de 02 de septiembre de 2021, visible a folios 19 a 25 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene que resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- a. El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- b. La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- c. La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaría de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: *“... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”*

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva. Lo anterior siempre y cuando les asista este derecho.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Fecha de pago de intereses a las cesantías: 31 DE MARZO DE 2021

Valor pagado \$615,573"

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 "Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005

y se dictan otras disposiciones”, señala en su artículo 2º que “Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. **Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”. mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado,** previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172224951 de 02 de septiembre de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



SEGUNDO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

TERCERO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



—AUTOSUCCIÓN DE LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DECLARA TERMINADO EL PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00295
DEMANDANTE	Ligia Esther Montes Durango
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora Ligia Esther Montes Durango, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a ligiaesther22@hotmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado Emilio Antonio Pinedo Cárdenas. Sea del caso resaltar, que la abogada conocedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P., afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al

poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 20210172123991 de 27 de Agosto de 2021, por medio del cual NIEGAN el derecho INDEMNIZACION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION OPORTUNA DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS Y CESANTIAS PER-SE DE LA VIGENCIA 2020, acto que se corresponde con el indicado en la demanda.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 27 el septiembre de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas de inepta demanda por no demandar un acto definitivo

Siendo la etapa siguiente la de resolver sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...).”

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...).”

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados**” (negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172123991 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del 20210172123991 de 27 de Agosto de 2021, visible a folios 19 a 23 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás

decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$520321."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que ***“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*”**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 ***“Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones”***, señala en su artículo 2º que ***“Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”***.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. **Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado,** previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- **Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas,** previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172123991 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

- PRIMERO:** Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.
- SEGUNDO:** Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.
- TERCERO:** En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.
- CUARTO:** Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.
- QUINTO:** Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



—ASOCIACIÓN DE LA
CONTADURÍA ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA PROBADO DE OFICIO EXCEPCIÓN PREVIA Y TERMINA EL
PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00296
DEMANDANTE	Eblin Rebeca Gómez Colon
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Encontrándose el expediente para que se resuelva sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...)”.

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”.

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

*“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la***

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados”
(negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172124151 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del Oficio No. 20210172124151 de 27 de Agosto de 2021, visible a folios 19 a 25 del archivo digital 01Demanda.pdf, resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva. Lo anterior siempre y cuando les asista este derecho.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$255118"

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 **"Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones"**, señala en su artículo 2º que **"Las solicitudes de**

*reconocimiento de prestaciones sociales, **deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio***”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172124151 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia del fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



TERCERO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

CUARTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ASOCIACIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__, el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DECLARA TERMINADO EL PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00298
DEMANDANTE	Yolanda Esther López Cavadía
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora Ligia Esther Montes Durango, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a yolilopez01@hotmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado Yolanda López Cavadía. Sea del caso resaltar, que la abogada conecedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P., afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al poderdante, de

quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 20210172123701 de 27 de Agosto de 2021, por medio del cual NIEGAN el derecho INDEMNIZACION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION OPORTUNA DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS Y CESANTIAS PER-SE DE LA VIGENCIA 2020, acto que se corresponde con el indicado en la demanda.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 27 el septiembre de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas de inepta demanda por no demandar un acto definitivo

Siendo la etapa siguiente la de resolver sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del parágrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...).”

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...).”

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

*declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados**” (negritas del Despacho)³*

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172123701 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del 20210172123701 de 27 de Agosto de 2021, visible a folios 19 a 23 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de

los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$686442."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la

aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 “*Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones*”, señala en su artículo 2º que “*Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas, previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172123701 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Montería.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

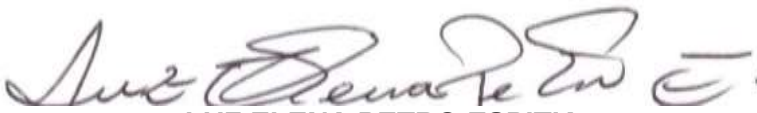
SEGUNDO: Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

CUARTO: Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.

QUINTO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



JURISDICCIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE COLOMBIA



SIGCMA



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
MONTERÍA**

Montería, tres (03) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

**AUTO DECLARA SANEADO EL PROCESO, RESUELVE EXCEPCION PREVIA Y
DECLARA TERMINADO EL PROCESO**

NORMA BAJO LA CUAL SE TRAMITA EL PROCESO	Ley 1437 de 2011
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
RADICADO	23-001-33-33-005-2021-00300
DEMANDANTE	Martha Cecilia Miranda Alegría
DEMANDADO	Nación – MinEducación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A – Departamento de Córdoba

Visto el informe secretarial que antecede, se procede a resolver previas las siguientes:

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 15 de marzo de 2022, se había fijado para el día 29 del mismo mes y año a las 11:00 am, fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad. Sin embargo, dicha diligencia no se realizó en atención a que la audiencia programada para ese día a las 9:00 am, dentro de otros procesos en los que intervenían las mismas partes, se extendió por alrededor de tres horas.

En vista de lo anterior, por auto de fecha 7 de abril de 2022, por celeridad este Despacho se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de control de legalidad y en su lugar, concedió el término de tres (3) días a la parte demandante, para que allegar la documentación necesaria tendiente a subsanar las falencias indicadas en el auto de 15 de marzo de 2022, so pena de tener por no saneado el proceso.

CONSIDERACIONES

De la medida de saneamiento:

A través de auto de fecha 15 de marzo de 2022, esta Unidad Judicial consideró necesario tomar una medida de saneamiento con fundamento en lo señalado en el artículo 207 del CPACA1, por cuanto se observa que el poder que acompaña la demanda, no se encuentra debidamente conferido conforme a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del CPACA, artículo 74 del CGP2 y artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Lo anterior, por cuanto el escrito obrante en el proceso se otorga para la empresa ARS OCHOA Y ASOCIADOS en cabeza la DRA ELIANA P PÉREZ SÁNCHEZ Abogada de la firma, pero no se allega prueba de la existencia y representación de la mencionada empresa. En segundo lugar, se advirtió que el poder suscrito con firma digitalizada del poderdante, careciendo del requisito referido a acompañarse el mensaje de datos a partir del cual se presumiría su autenticidad y reemplazando la nota de presentación personal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020.

Revisado el expediente, se observa que a través de memoria allegado el 18 de abril de 2022, la abogada Eliana Pérez Sánchez, allegó copia del poder otorgado por la señora Martha Cecilia Miranda Alegría, indicando dentro de dicho escrito que el correo de notificaciones de la poderdante correspondía a marthadegal2008@gmail.com, igualmente se acompañó copia del mensaje de datos enviado desde este último correo al correo ajap2013@outlook.com, dirección electrónica registrada en el registro nacional de abogados, como el correo de la abogada Eliana Pérez Sánchez, con el adjunto de un archivo en pdf denominado Martha Cecilia Miranda Alegría. Sea del caso resaltar, que la abogada conocedora de los deberes que le asisten en virtud del artículo 78 del C.G.P., afirma que la dirección de correo de la cual se remite el mensaje de datos corresponde al

poderdante, de quien además inicialmente aportó documentos suscritos digitalmente, por lo que en virtud del principio de la buena fe y lealtad procesal que se presume, así como la garantía del acceso a la administración de justicia, no se advierten razones para desconocer el mismo.

Que al revisar el contenido del poder de cara al acto que es objeto de demanda se observa que se otorga para que presente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho; acción ejecutiva u otra, contra el acto No. 20210172123681 de 27 de Agosto de 2021, por medio del cual NIEGAN el derecho INDEMNIZACION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION OPORTUNA DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS Y CESANTIAS PER-SE DE LA VIGENCIA 2020, acto que se corresponde con el indicado en la demanda.

En ese orden, al consultarse que la abogada Eliana Pérez Sánchez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1067887642 y T.P. 334304 registra vigente e inscrito la dirección de correo AJAP2013@OUTLOOK.COM, para el Despacho se subsanó la falencia relacionada en el poder.

Igualmente, acompañó la apoderada copia del certificado de existencia y representación de ARS OCHOA y ASOCIADOS SAS de fecha 07 de septiembre de 2021, respecto de dicho documento, el Despacho señala que si bien no se allegó actualizado como le fue exigido en la providencia, al encontrarse vigente para la fecha de la presentación de la demanda - 27 de septiembre de 2021-, se tiene como válido para entender subsano el defecto anotado, máxime cuando del escrito de poder otorgando se advierte que este se confiere no solo a la sociedad ARS Ochoa y Asociados SAS, ni no también expresamente a la abogada Eliana Pérez Sánchez, de quien se indicó reviste la condición de apoderada vigente.

Así las cosas, el Despacho declarará saneado el proceso y en aras de impartir celeridad al trámite se procederá a continuar con su trámite, esto es, resolverá sobre las excepciones previas propuestas por las partes.

De las excepciones previas de inepta demanda por no demandar un acto definitivo

Siendo la etapa siguiente la de resolver sobre las excepciones que tengan el carácter de previas o la procedencia de fijar fecha para audiencia inicial, el Despacho de oficio advierte que en el presente caso se configura la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a lo siguiente:

Mediante la Ley 2080 de 2021 < *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* >, se dispuso en el inciso segundo, del párrafo segundo del artículo 175 que las excepciones previas se resolverán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Que el artículo 100 al enlistar las excepciones previas contempla en su numeral 5 la referida a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, tratándose de demandas adelantadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para efectos de estudiar si se configura o no la excepción de inepta demanda, se hace necesario observar lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la ley 1437 de 2011, los cuales se refieren a los requisitos previos para demandar y los requisitos o contenido de la demanda. Por otro lado, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que cuando se está ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y el acto acusado no tiene el carácter definitivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda.

Así la Sección Segunda Subsección B, en auto de fecha 21 de octubre de 2021, radicado 41001-23-33-000-2019-00149-01, sostuvo:

¹ Consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, d. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05526-01(4342-19)

“Precisado lo anterior, la Sala resalta que las excepciones constituyen mecanismos idóneos de defensa, tanto de fondo como de forma con el que cuenta la parte demandada dentro un proceso judicial, ya sea para sanear una irregularidad del procedimiento evitando la nulidad procesal, la expedición de sentencias inhibitorias o para atacar las pretensiones expresadas por la parte demandante. Existen tres clases de excepciones: i) excepciones previas; ii) excepciones mixtas y; iii) excepciones de mérito. Si el juez advierte la configuración de excepciones previas y mixtas, surge para este la obligación de declararlas de oficio en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Respecto a la naturaleza jurídica de las excepciones esta Corporación, estableció²:

“(…) Las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal, por lo cual constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo. Existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa. (...) Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido (...).”

Ciertamente, la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada, es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito.”

Es decir, que la excepción de inepta demanda tiene ocurrencia cuando la demanda no reúne los requisitos formales para la presentación de la demanda, tales como individualizar las pretensiones, señalar los medios de pruebas que se pretenden hacer valer, indicar las normas violadas o el concepto de la violación, que el acto demandado no sea objeto de enjuiciamiento ante la jurisdicción, etc., excepción que además puede ser decretada de oficio por el Juez.

De los actos susceptible de control ante la jurisdicción:

El artículo 138 del CPACA, que en su inciso 1º dispone:

“(…) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...).”

En ese orden, la Sección Segunda, subsección A del Consejo de Estado ha reiterado que los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los que tienen el carácter de definitivos. Al respecto, el citado tribunal ha indicado:

“(…) El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos

² Sentencia de 12 de julio de 2016. MP HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-36-000 2015-00513-01

como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados**” (negrillas del Despacho)³

Del citado extracto jurisprudencial se puede colegir que sólo son demandables las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo, es decir, los actos de carácter definitivos, dado que los actos que impulsan una respectiva actuación no procuran solucionar de fondo la petición, por lo tanto, no son cuestionables vía judicial.

Ahora bien, el artículo 43 del CPACA establece cuales son los actos de carácter definitivo, definiéndolos como: “(...) *los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”.

Sobre la definición de acto administrativo reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se expresa por parte de esa Corporación que es acto administrativo “*toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos*”⁴. De igual forma, todo acto administrativo se caracteriza por i) constituir una declaración unilateral de voluntad, ii) es producto del ejercicio de la función administrativa, iii) el sentido u objeto del acto es producir efectos jurídicos de forma directa mediante la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular o general y v) es de carácter vinculante⁵.

Finalmente, es de advertir que los únicos actos administrativos susceptibles de ser sometidos a control judicial son los actos definitivos o principales, los cuales resuelven de fondo aspectos derivados de derechos, intereses, obligaciones y situación jurídicas, exonerando de esta condición a los actos de trámite y los de ejecución.

Caso concreto:

En el presente proceso, la parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20210172123681 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones y como consecuencia de ello, se condene a las entidades demandadas a que se le reconozca el derecho a la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías y cesantías de la vigencia 2020 y así mismo, se le reconozca, liquide y pague, respectivamente, la indemnización moratoria por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, así mismo por el retardo en la consignación del auxilio de las cesantías vigencia 2020, al tenor de la Ley 1955/19 Art. 57 y cc.

Que revisado el contenido del 20210172123681 de 27 de Agosto de 2021, visible a folios 19 a 23 del archivo digital 01Demanda.pdf, se tiene resuelve:

“Respecto a su solicitud nos permitimos responder de acuerdo con el orden de sus inquietudes así:

- *Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme consignado dentro del término legal las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.*

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05410-01(2816-17). Actor: ANA GRISELDA PÉREZ DE SÁNCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Al respecto puede consultarse la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por la Sección Primera de Consejo de Estado, consejero ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 2000005701.

⁵ *Ibidem*. Se expresa en la providencia: “El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) Constituye una declaración unilateral de voluntad. ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares. iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante». iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito»”.

Frente a esta solicitud me permito indicar que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:
(...)

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada -docente -y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizara dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaria de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990. Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a su solicitud y a que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías...”

- Reconocer y pagar la sanción por mora o indemnización moratoria, por no haberme pagado dentro del término legal los intereses a las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2020.

Frente a esta solicitud me permito reiterar lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (05) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás

decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

- Expedirme certificación de la fecha (día/mes/año) en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO recibió los recursos provenientes de la entidad territorial nominadora a la que me encuentro vinculado, por concepto de las cesantías causadas en el año 2020.

Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

- Expedición de certificado que indique el valor y fecha de pago de los intereses sobre las cesantías.

Sobre este particular nos permitimos recordarle que la certificación solicitada puede obtenerse en cualquier momento a través de la página www.fomag.gov.co seleccionando la opción "sección certificados" y luego opción "extracto de intereses a las cesantías", donde se refleja el valor de los intereses a las cesantías pagados y la fecha de la liquidación de la nómina respectiva.

No obstante, se informa lo siguiente respecto del pago de los intereses a las cesantías año 2020:

Valor pagado \$401471."

Que del contenido del mencionado oficio, se advierte que no se trata de una respuesta de fondo a la pretensión del actor, por cuanto si bien hace un recuento normativo de las normas que se consideran aplicables en materia de cesantías y sanción moratoria para los docentes afiliados al Fomag, lo cierto es que desde la respuesta al primer interrogante, se le indica a los peticionarios cuál es el procedimiento previsto para el reconocimiento y pago de las cesantías, el cual comprende de un lado, que la petición sea radicada a la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente.

De otro lado, resulta necesario traer a colación que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 expresa que "Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma derogada recientemente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 pero aplicable a los trámites iniciados durante su vigencia, indicaba que ***“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*”**

A su vez, el Decreto 2831 de 2005 ***“Por el cual se reglamenta el inciso segundo del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones”***, señala en su artículo 2º que ***“Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”***.

En relación a las funciones de las Secretarías de Educación territoriales de las entidades certificadas, los artículos 3º, 4º y 5º consagran dentro de las mismas que esa dependencia administrativa es la encargada de expedir los actos administrativos sobre reconocimiento de prestaciones sociales docentes previa aprobación de los proyectos de actos administrativos por parte del Fiduciaria La Previsora previamente remitidos por las primeras.

A su turno, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, también contempla:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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 Secretaría 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

En ese sentido, se observa que es la Secretaría de Educación territorial certificada donde labora el docente la que por delegación legal tiene la competencia y facultad de expedir actos administrativos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales docentes y sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, mientras que a la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le asiste la competencia de aprobar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento prestacional y realizar el correspondiente pago a cargo del mencionado fondo mas no para expedir actos administrativos relacionados con esos trámites, ya que tal como se expuso en precedencia, esa facultad solo le asiste a las Secretarías de Educación delegadas legalmente por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, sobre las funciones de la Fiduciaria La Previsora en su condición de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la primera y el Ministerio de Educación Nacional, la Corte Constitucional⁶ ha indicado que quien detenta la competencia para expedir actos administrativos sobre peticiones de reconocimiento de prestaciones es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sociedad fiduciaria La Previsora le asiste el deber de cancelar los recursos dados en fiducia una vez se encuentra reconocida la respectiva prestación por parte del Fomag.

“2- Estima la Corte, una vez examinado el contrato de fideicomiso suscrito entre la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones del Magisterio, que quien está produciendo la vulneración de los derechos del peticionario no es la Fiduciaria, sino el Fondo de Prestaciones, razón por la cual la tutela no es procedente, en los términos en que ha sido impetrada.

En efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal, función que cumple la Fiduciaria La Previsora en virtud del contrato suscrito con la Nación - Ministerio de Educación Nacional el 21 de junio de 1990.

Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. **Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es “reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”, mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado,** previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.

Por su parte, según el citado contrato, es función del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, “4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos”.

.3- **Por consiguiente, la obligación que procura el accionante de tutela a través de este mecanismo excepcional, de conformidad con lo estipulado en el contrato aludido, corresponde satisfacerla al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y no a la Fiduciaria accionada. A ésta corresponderá una vez reconocida la respectiva prestación -lo que no ha ocurrido aún en el asunto sometido a revisión-, cancelar el valor de las prestaciones sociales respectivas,** previa determinación de la disponibilidad de recursos, y según las prioridades que se establezcan por la entidad.

En consecuencia, mal haría el juez constitucional en disponer que la Fiduciaria ordene el pago de las cesantías que reclama el peticionario, pues estaría invadiendo órbitas de otras autoridades, desnaturalizando el carácter subsidiario y residual de la tutela, y por lo tanto desconociendo los mandatos superiores”⁷.

Por lo tanto, es procedente concluir que el Oficio No. 20210172123681 de 27 de Agosto de 2021 expedido por la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, no goza del revestimiento de acto definitivo de un lado porque desde su inició remite al demandante al trámite que debe surtir para obtener el reconocimiento de la prestación pretendida y por otro como se ha indicado en párrafos que anteceden, por disposición legal, no es esta la entidad competente para expedir los actos administrativos que resuelvan el reconocimiento de los derechos y por tanto sus respuestas no ponen término a la actuación administrativa, ni definen el derecho peticionado. Así las cosas, al no tener la categoría de un acto definitivo, no es susceptible de control judicial y por tanto, se torna en una ineptitud de la demanda que impide la continuación del proceso, dado que de continuarse no se podía emitir una decisión de fondo.

6 Recientemente en la sentencia T- 035 de 2021, al referirse a la legitimación en la causa dentro del asunto estudiado señaló: “ En el asunto objeto de estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de Fiduprevisora S.A. y de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés. Por un lado, tanto el Decreto 1272 de 2018[28] como la Ley 1955 de 2019[29] establecen que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales son las llamadas a expedir los respectivos actos administrativos de reconocimiento de las pensiones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Por otro lado, los estatutos normativos en cita también obligan a que la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo apruebe o desapruuebe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional[30]. 63. Sobre este último punto, vale advertir que Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen de empresas comerciales e industriales del Estado, que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación”.[31] Razón por la cual, mientras las Secretarías de Educación de las entidades territoriales están llamadas reconocer las respectivas prestaciones económicas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del FOMAG, tiene la obligación de (i) aprobar la propuesta de acto administrativo de reconocimiento pensional y, posteriormente, (ii) pagar las prestaciones que hayan sido debidamente reconocidas por la entidad territorial.”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

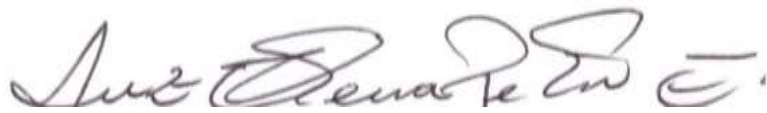
Así las cosas, el Despacho declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello, en aplicación de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 101 del C.G.P., se declara la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Montería.

RESUELVE:

- PRIMERO:** Declarar saneado el proceso de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.
- SEGUNDO:** Declárese probada de oficio la excepción de *inepta demanda por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial*”, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.
- TERCERO:** En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.
- CUARTO:** Una vez ejecutoriado este auto archívense el expediente.
- QUINTO:** Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ASOCIACIÓN DE LA
CONTADURÍA ADMINISTRATIVA
DE COLOMBIA

SIGCMA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA

La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. __27__ ,el día **04/05/2022**, a las 8:00 AM, el cual puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-monteria>.

ZEUS ALFONSO CEBALLOS RAMOS
Secretario



11/05/2022 4:10