

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

Informe secretarial: Arauca (A), 01 de septiembre de 2021, en la fecha paso al Despacho del señor Juez el presente expediente, con el fin de decidir sobre lo pertinente a la realización de audiencia inicial.

Beatriz Adriana Vesga Villabona
Secretaria

Arauca, (A), 09 de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control	: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	: 81-001-33-33-002-2020-00100-00
Demandante	: Elsis Dominga Díaz Gómez
Demandado	: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)
Providencia	: Auto prescinde realización audiencia inicial y adopta otras determinaciones

Antecedentes

Con la entrada en vigencia del artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, las excepciones previas serán resueltas con posterioridad a su traslado mediante auto; así como también serán decididas las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. De resultar prósperas alguna de estas últimas, la decisión se adoptará en sentencia anticipada.

En tal sentido, en este asunto, la Secretaría del Despacho conforme al artículo 52 de la Ley 2080 de 2021 surtió el traslado de las excepciones propuestas, por el término de 3 días desde el 24 de agosto al 26 de agosto de 2021 (Ver archivos 26AvisoTrasladoExcepciones y 27TrasladoExcepciones del expediente digital).

La parte demandante recorrió traslado de las excepciones dentro del término legal.

Consideraciones

Respecto de las excepciones previas, la demandada propuso: *“Ineptitud de la demanda por falta de integración de litisconsorcio necesario”*. Señaló que en el presente asunto que no se integró en debida forma el contradictorio, por no haberse demandado a la Secretaría Distrital de Bogotá, al ser quien expidió y notificó inoportunamente el acto administrativo del reconocimiento de las

cesantías del actor y sobre quien recae la responsabilidad por mora en el pago de esa prestación social.

Frente al medio exceptivo propuesto debe precisarse que, de conformidad con el artículo 100 del CGP la ineptitud de la demanda se configura de 2 maneras: por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones. En consecuencia, la no integración debida del contradictorio no es un defecto que de pie a la ineptitud de la demanda. No obstante, el núm. 9 del art. 100 del CGP, sí lo enmarca como un supuesto de excepción previa.

De otra parte, en este asunto nada tiene que ver la Secretaría Distrital de Bogotá por cuanto no fue la que intervino en la expedición de la resolución de reconocimiento de cesantías. En consecuencia, no había ningún asidero jurídico para su vinculación en este caso. Sin embargo, se resolverá de fondo, al considerarse que se trató de una imprecisión o error de transcripción al momento de señalar el ente territorial del cual se pretende su integración. Pero que es claro que se trata del Departamento de Arauca – Secretaría de Educación por ser la que intervino en el acto referido, la cual también ha sido llamada por el FOMAG en múltiples para que sea integrada como litisconsorcio necesario.

Dicho esto, para resolver acerca de si, es necesario la vinculación del Departamento de Arauca-Secretaría de Educación, como litisconsorte necesario, debe tenerse en cuenta los siguientes razonamientos:

- El procedimiento para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías se encuentra reglado en la ley. Pero actualmente subsisten diferentes procedimientos. Uno es el fijado en el art. 56 de la Ley 962 de 2005 y los arts. 3, 4 y 5 del Decreto 2831 del mismo año; y el otro es el contenido en el art. 57 de la Ley 1955 de 2019 que entró en vigencia el 25 de mayo de 2019 que derogó el art. 56 de la Ley 962.

En virtud de lo anterior, se precisa que las solicitudes de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a docentes oficiales que se hayan presentado con anterioridad al 25 de mayo de 2019 se regirán bajo el procedimiento de la Ley 962 y normas reglamentarias; mientras que las radicadas después de esa fecha les serán aplicables las disposiciones de la Ley 1955 de 2019.

Bajo la égida de las normas de 2005, a las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas les correspondía: i) elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la prestación solicitada por el docente oficial, ii) luego remitirla a la Fiduprevisora encargada del manejo y administración de los recursos del FOMAG para su aprobación, iii) suscribir y notificar el acto administrativo de reconocimiento de la prestación social, previa aprobación de la Fiduprevisora, iv) remitir nuevamente copia del acto administrativo a la Fiduciaria, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

En la relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, a través de la Fiduprevisora (vocera y administradora del Fondo), tenía dentro de sus competencias: i) verificar el borrador del acto administrativo que previamente le remitía la secretaría de educación territorial, y decidir si se aprobaba o no, ii) remitir dicha información a la entidad territorial y iii) pagar la prestación, previa recepción y revisión del acto administrativo debidamente ejecutoriado remitido por la Secretaría de Educación.

Las anteriores disposiciones normativas deben ser armonizados con el art. 2 núm.. 5 de la Ley 91 de 1989. Allí se estableció en cabeza de la Nación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado causadas con posterioridad a la promulgación de esa ley. Y con el art. 9 *ejusdem* que dispone que, es la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional la que reconoce las prestaciones sociales que posteriormente el FOMAG paga. Pero, también preceptúa que la función de reconocimiento prestacional será delegada en las entidades territoriales.

Lo anterior ha dado pie para que el Consejo de Estado concluya que, el acto administrativo que decide sobre las prestaciones sociales deprecadas por el personal docente, pese a ser elaborado y suscrito por la secretaria de educación, la decisión allí contenida generadora de efectos jurídicos es adoptada por la Nación. Es decir, el ente territorial, en ese trámite, actúa en nombre y representación de la Nación.¹

Por otro lado, con la Ley 1955 de 2019, el trámite relacionado con el auxilio de cesantías de los docentes oficiales, cambió por otro más simple. El art. 57 de esa normativa dispuso que las cesantías definitivas y parciales de los docentes afiliados al FOMAG serían reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación del ente territorial y pagadas por el Fondo. Se eliminó del trámite la revisión del proyecto de acto administrativo que estaba en cabeza de la Fiduprevisora. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia SU-041 de 2020 consideró que:

“(…)

Este trámite fue modificado por la Ley 1955 de 2019, eliminando la doble revisión del proyecto de acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías y de la resolución en firme por parte de la FIDUPREVISORA S.A., paso que generaba una carga administrativa adicional y afectaba la eficiencia operativa de la fiduciaria. Así, con la entrada en vigor de dicha Ley, el reconocimiento del auxilio de cesantías es responsabilidad de la Secretaría de Educación territorial certificada, mientras el pago es competencia del FOMAG.”/ Negrillas fuera de texto.

Adicionalmente, la misma norma reguló competencias en relación con el pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno del auxilio de cesantías. Preceptuó que la entidad territorial sería responsable del pago de la sanción por

¹ Ver por ejemplo auto del 12 de noviembre de 2020 de la Subsección A de la Sección 2da del Consejo de Estado, radicado No. 68001-23-33-000-2017-01103-01(1837-20) M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

mora en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con base en lo anterior, interpreta el despacho en relación con el trámite del auxilio de cesantías que:

-Las peticiones de auxilio de cesantías presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, se rigen por la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005, y sus decretos reglamentarios. En tal sentido, intervienen en la elaboración y expedición del acto administrativo de reconocimiento las secretarías de educación y la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG.

-Las reclamaciones de auxilio de cesantías presentadas con posterioridad a la Ley 1955 de 2019, se regirán por esta y por la Ley 91 de 1989. Bajo esa óptica, las secretarías de educación serán las únicas competentes para expedir el acto de reconocimiento y liquidar el auxilio de cesantías. La Fiduprevisora no tendrá que aprobar el proyecto de resolución.

-En ambos casos, las secretarías de educación actúan en nombre y representación de la Nación. En consecuencia, la decisión generadora de efectos jurídicos proviene de la Nación, en virtud a que el art. 9 de la Ley 91 de 1989 no fue derogado expresamente por la Ley 1955 y tampoco considera el despacho que haya ocurrido su derogatoria tácita. Lo que hizo esta última fue suprimir un trámite de la Ley 962 de 2005, pero no alteró ni suprimió la competencia de la Nación para decidir ni la delegación de esta función a las entidades territoriales.

-En ambos casos la entidad pagadora siempre es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En relación con el reconocimiento y pago de la **sanción moratoria** por el pago inoportuno del auxilio de cesantías se concluye que:

-Antes de la Ley 1955 de 2019, no estaba regulado un pagador distinto al FOMAG de la sanción moratoria, en cualquier caso. No era un imperativo legal establecer dilaciones administrativas respecto de la entidad territorial interviniente en el trámite para decidir sobre el pago de esta.

Por el contrario, con la entrada en vigencia de esta ley se torna imperioso verificar si la entidad territorial incumplió los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de Cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Cuando ocurra esta dilación, se erigirá en el acreedor de la sanción.

Se denota así que, en términos de sanción moratoria hubo un gran cambio. Se trasladó a las entidades territoriales la carga de pagar la sanción cuando la demora en el pago del auxilio de cesantías provenga de una irregularidad de su

parte (radicación de la solicitud de pago de Cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por fuera de los términos de ley).

Bajo los anteriores razonamientos, los entes territoriales a los cuales se encuentre afiliado el personal docente estarán legitimados en la causa tanto procesal y materialmente en los presentes asuntos, en aquellos casos en que se reclame el pago del auxilio de cesantías con posterioridad al 25 de mayo de 2019. Solo en estos casos podrán ser pagadores de la sanción moratoria y, en consecuencia, su vinculación como litisconsortes necesarios será procedente.

Caso Concreto -excepciones previas-

Esgrimido todo lo anterior, en el presente caso no se decretará la excepción de ineptitud de la demanda por falta de integración de litisconsorcio necesario, en consideración a que la petición de cesantías fue presentada el 04 de septiembre de 2017- antes de la vigencia de la Ley 1955 de 2019-, según se advierte en la Resolución FPSM 009 de 2018 que ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a la demandante. En tal sentido, las exigencias fácticas y consecuencias jurídicas descritas en el art. 57 de la última ley mencionada no son aplicables sobre la Secretaría de Educación Departamental y por tal razón, su comparecencia al proceso no es indispensable. No constituye un litisconsorte necesario, pues en este asunto continúa actuando en nombre y representación y de la Nación, y es el FOMAG el pagador de la Sanción moratoria en caso de demostrarse su causación.

Definido lo anterior, no queda ninguna otra excepción pendiente por decidir en este momento.

Otras decisiones

El artículo 42 de la ley 2080 de 2021 dispuso la posibilidad de dictar sentencia anticipada en 4 casos. Uno de ellos es cuando no haya pruebas por practicar. En estos casos la sentencia anticipada se proferiría sin necesidad de adelantar audiencia inicial.

En relación con el decreto de pruebas. Se incorporarán las pruebas documentales aportadas por ambas partes y se les dará el mérito probatorio que la ley les otorgue.

EL FOMAG solicita que se oficie para la obtención de la certificación de pago de cesantías.

La anterior prueba se decreta por ser conducente, pertinente y útil. Sin embargo, no se oficiará a ninguna entidad por cuanto el documento ya reposa en el expediente electrónico, específicamente el archivo 25. En tal sentido, también quedará incorporada al proceso y tendrá el mérito probatorio de ley.

Por su parte, el Despacho no decretará alguna prueba de oficio.

En consecuencia, no se programará fecha para la celebración de audiencia inicial, sino que se emitirá sentencia anticipada, de conformidad con el literal b del numeral 1 del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021. Adicional a lo anterior y a lo resuelto en relación con las excepciones, resulta importante acotar que:

- No encuentra el Despacho ningún impedimento procesal o irregularidad que deba ser saneada antes de continuar el proceso, de conformidad con el artículo 207 del CPACA.
- No hay medidas cautelares que resolver.
- Fíjese el litigio en determinar si las cesantías de la parte actora fueron pagadas de forma tardía y si en consecuencia, en calidad de Docente Oficial, tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.
- Se incorporarán como pruebas al proceso, el escrito de demanda, su contestación y los anexos de ambos. A las cuales se les dará el mérito probatorio que la ley les otorgue.

Dicho esto, se le correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto respectivamente, por escrito, dentro del término de 10 días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia.

Si las partes tienen ánimo conciliatorio, deberán manifestarlo al despacho dentro de ese mismo término, con el fin de tramitar lo pertinente, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal. Sin perjuicio que en cualquier etapa del proceso lo puedan hacer.

En virtud de lo anterior se,

Resuelve

Primero: Niéguese la excepción previa propuesta.

Segundo: Declárese saneado el proceso hasta esta etapa procesal.

Tercero: Fíjese el litigio en determinar si las cesantías de la parte actora fueron pagadas de forma tardía y si en consecuencia, en calidad de Docente Oficial, tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

Cuarto: Incorpórense como pruebas al proceso, el escrito de demanda, su contestación y todos sus anexos. A las cuales se les da el mérito probatorio que la ley les otorgue. Y decrétese a favor del FOMAG la certificación de pago de cesantías, que ya reposa en el expediente e incorpórese también y désele el mérito probatorio de ley.

Quinto: Córrase traslado a las partes y al Ministerio Público para que remitan al correo j2adarau@cendoj.ramajudicial.gov.co sus alegatos de conclusión y

concepto respectivamente, por escrito, dentro del término de 10 días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia.

Sexto: Infórmese a las partes que se emitirá sentencia anticipada en los términos del literal b del numeral 1 del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

Séptimo: Ínstese a las partes para que informen al despacho si tienen ánimo conciliatorio, dentro del mismo término otorgado para alegar de conclusión, según lo expuesto en la parte motiva.

Octavo: Reconózcase personería al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos Con T.P. 250.292 del C.S. de la J., para que actúe como apoderado general de la entidad accionada y como apoderado sustituto al abogado Juan Camilo Otálora Aldana con T.P. 308.581 del C.S de la J., en los términos de los poderes conferidos.

Noveno: Aceptar la renuncia al poder presentada por la abogada Julieth Yiseth Torres Acosta.

Notifíquese y Cúmplase



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez