



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), 13 de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado : 81-001-33-33-002-2020-00180-00
Demandante : Nidiam María Carrero Sandoval
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 caso ya se surtió el traslado de las excepciones propuestas, el cual hizo la parte demandada al enviar la contestación de la demanda a la contraparte. Vencido el término de 3 días para que esta se pronunciara, no lo hizo.

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 de Educación del Departamento de Arauca, al ser quien expidió y notificó inoportunamente el acto administrativo del reconocimiento de las cesantías de la parte demandante y sobre quien recae la responsabilidad por mora en el pago de esa prestación social.

Planteó la excepción de: *“Ineptitud sustancial de la demanda al no haber demandado el acto administrativo particular y concreto que denegó la sanción mora”*. Esgrime que el acto administrativo no se encuentra debidamente individualizado en las pretensiones de la demanda, por lo tanto, carece de uno de sus requisitos formales.

También propuso la excepción de: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del fondo de prestaciones sociales del magisterio para el pago de la sanción moratoria”*. Señaló que en este asunto

el FOMAG se encuentra autorizado para pagar de sus propios recursos, únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las cesantías. Explica que el auxilio de cesantías fue pagado por el fondo, momento hasta el cual llega su responsabilidad. Por tal razón, cualquier obligación de pago, derivada del retardo en el pago de las cesantías, se traslada a la entidad territorial certificada.

Finalmente instauró la excepción mixta de “*prescripción*”. Sostuvo que con fundamento en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe declararse la prescripción de todos los valores sobre las cuales haya operado este fenómeno relacionado con la solicitud de sanción moratoria de la parte demandante.

Solución excepciones previas.

Frente a la primera excepción, 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 autónomo de excepción previa.

Dicho esto, para resolver acerca de si es necesario la vinculación del Departamento de Arauca-Secretaría de Educación, además de la Nación, 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.

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 armonizadas 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 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:

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.

-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 decretarán las excepciones de i) Inepta demanda por la falta de integración de litisconsorcio necesario, ii) ni la falta de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, en consideración a que la petición de cesantías fue presentada el 04 de septiembre de 2017 -antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019-, según se advierte en la Resolución 010 de 2017 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.

Este último razonamiento da pie a que la falta de legitimación propuesta por el FOMAG sea desechada, en virtud a que la decisión generadora de efectos jurídicos como ya se ha explicado con anterioridad, es expedida por la Nación, pese a que la Secretaría de Educación la elabore y suscriba, y además es dicha entidad por disposición legal quien paga las prestaciones del personal docente.

En lo que respecta a la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por no haberse demandado el acto particular y concreto que denegó la sanción mora, tampoco se declarará próspera. Confrontada la demanda y sus anexos con la argumentación del medio exceptivo, puede corroborarse sin hesitación alguna, que el actor determinó clara y concretamente el acto administrativo demandado. Expresamente se acusó el acto ficto con efectos negativos configurado el 15 de septiembre de 2018, derivado de la petición del 15 de junio de 2018 que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de conformidad con la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Excepción de prescripción

Las pretensiones en el presente caso se dirigen a que, se declare la nulidad del acto ficto derivado de la petición del 15 de junio de 2018 que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de conformidad con la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Para determinar si operó la prescripción extintiva del derecho en este caso, es necesario verificar si hay lugar al reconocimiento del pago de sanción moratoria, a partir de qué fecha habría lugar a conceder dicho reconocimiento y si entre esta y la fecha de la presentación de la solicitud transcurrió el término previsto en la Ley para la configuración del fenómeno prescriptivo, aspecto que solo será desatado en sentencia. Por esto, se diferirá su decisión hasta ese momento

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 las pruebas solicitadas por las

partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. En estos casos la sentencia anticipada se proferiría sin necesidad de adelantar audiencia inicial.

En consideración a lo anterior, una vez revisada la demanda, se constata que la parte actora no solicitó la práctica de pruebas.

Por su parte, la demandada solicitó las siguientes pruebas:

1. Oficiar al Departamento de Arauca – Secretaría de Educación para que certifique:

- a) En qué fecha remitió a la Fiduprevisora el proyecto de reconocimiento de cesantías para su aprobación.
- b) En qué fecha devolvió la Fiduprevisora el proyecto aprobado.
- c) En qué fecha remitió a la Fiduprevisora la resolución para el pago de las cesantías.

Estas pruebas se negarán por inútiles, toda vez que conocer la actuación de la Secretaría de Educación del Departamento de Arauca en el trámite que se le dio a la solicitud del reconocimiento y pago de cesantías parciales en este caso, no resulta relevante para decidir de fondo. Estos aspectos son relevantes siempre y cuando a dicho trámite le sea aplicada la Ley 1955 de 2019, como se explicó en las consideraciones anteriores. Y en el presente asunto ya se decantó que esta ley no le es aplicable, por ser la petición presentada con antelación a la vigencia de esa ley.

2. Oficiar a la entidad financiera a la cual fueron girados los recursos y/o a Fiduprevisora S.A., con la finalidad de que certifiquen la fecha exacta en que fueron puestos a disposición los dineros correspondientes a las cesantías, respecto de la cuales alega mora en su pago y se pretende el eventual reconocimiento de la sanción.

Esta prueba también se negará por inútil, pero en consideración a que en el expediente reposa recibo de pago del auxilio de cesantías, con el que se cumple la finalidad de esta prueba. Además, se aportó documento expedido por la Fiduprevisora S.A.² en el que se indica el pago de la cesantía parcial reconocido a la demandante.

3. Oficiar a la Fiduprevisora S.A., con la finalidad de que certifique si a la fecha se ha realizado el pago de alguna suma de dinero por concepto de sanción mora, de conformidad con la presunta tardanza en el pago de las cesantías que sirve como fundamento de las pretensiones.

Esta prueba será negada en virtud a que, en primer lugar, se trata de un documento que debió haber sido aportada con la contestación de la demanda. No es consecuente con el deber legal impuesto en el art. 175 núm. 4 de la Ley 1437 de 2011 que la misma entidad solicite que se le requiera el aporte de una prueba que reposa en sus archivos o bases de datos, que pudo ser adjuntada con la contestación de la demanda.

En segundo lugar, la prueba no resulta imprescindible para decidir de fondo, puesto que en caso de que las pretensiones sean favorables a las pretensiones de

² Ver folio 04Demanda- Certificado Pago Cesantías fol 21 del expediente digital.

la demanda, se ordenará el descuento de cualquier suma que la entidad haya pagado por el mismo concepto de sanción moratoria deprecada.

4. Oficiar a la entidad territorial que profirió el acto administrativo demandado, en este caso, a la Secretaría de Educación donde se radicó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, para que se allegue el expediente administrativo de la parte demandante, en donde se incluya la certificación de salarios de cada uno de los docentes para la fecha en que presuntamente se generó la sanción moratoria.

Esta prueba será negada. Si bien resuelta conducente, pertinente y útil no es una prueba relevante para emitir sentencia, en vista a que los salarios devengados son relevantes para liquidar la sanción moratoria, siempre y cuando las pretensiones de la demanda sean acogidas en sentencia, mas no para emitir esta. Pero en todo caso, resulta impertinente conocer el salario de todos los docentes, pues solo está demandando uno de ellos, y además, no se torna obligatorio determinar eventualmente, sumas concretas en esta, toda vez que la liquidación de la sanción si hay lugar a ella, también corresponde hacerla a la entidad al momento de pagarla, una vez en firme la sentencia.

Por otra parte, el Despacho no decretará ninguna prueba de oficio.

En consecuencia, de lo anterior, no se programará fecha para la celebración de audiencia inicial, sino que se emitirá sentencia anticipada, de conformidad con el literal d del numeral 1 del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

Adicionalmente, 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 las excepciones previas propuestas.

Segundo: Abstenerse de resolver la excepción de prescripción en esta etapa procesal y difiérase su decisión hasta sentencia.

Tercero: Negar las pruebas documentales solicitadas por la demandada en su contestación, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de este proveído.

Cuarto: Declárese saneado el proceso hasta esta etapa procesal.

Quinto: 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.

Sexto: 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.

Séptimo: 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.

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

Noveno: 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.

Décimo: 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 apoderada sustituta a la abogada Lina Paola Reyes Hernández con T.P. 278.713 del C.S de la J., en los términos de los poderes conferidos.

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

Notifíquese y Cúmplase



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ

Juez