

República de Colombia



**Rama Judicial Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de
Arauca**

Informe secretarial: Arauca (A), 07 de febrero de 2022, en la fecha paso al Despacho del señor Juez el expediente para lo pertinente respecto a la solicitud de nulidad procesal presentado por la apoderada de La Fiduprevisora.

Beatriz Adriana Vesga Villabona
Secretaria

Arauca (A), 16 de febrero de 2022

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado : 81-001-33-33-002-2020-00228-00
Demandante : Luz Marina Camuan Jerez
Demandado : Nación – Ministerio de Educación – FOMAG
Providencia : Auto admite demanda

Visto el informe secretarial que antecede, procede el despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda en lo atinente a la solicitud de nulidad presentada por la apoderada de la entidad accionada.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La apoderada de La Fiduprevisora S.A. el día 01 de octubre de 2021 presentó escrito solicitando la nulidad del proceso, bajo los siguientes argumentos:

"(...) el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no fue vinculado al trámite de notificación de la demanda interpuesta mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la señora LUZ MARINA CAMUAN JEREZ, y en consecuencia, no existió traslado de la demanda a la entidad, siendo así imposible ejercer nuestro derecho a la defensa, enterándonos solo de la existencia del proceso por solicitud del estado del proceso ya que el proceso no se encuentra en las páginas dispuestas para la consulta de los procesos judiciales.

Vale la pena precisar que en el artículo 197 del Código de Procedimiento y lo Contencioso Administrativo dispone: Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales. En ese sentido la entidad que represento dispone del mismo, pero este es: procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co y notjudicial@fiduprevisora.com.co; Ahora bien se observa que al momento de enviar la notificación de los trámites tanto la apoderada de la parte demandante como el juzgado lo hizo al correo notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co; el cual, no cuenta con el dominio del Fondo del Magisterio, razón por la cual este correo nunca llegó a nuestros buzones.

(...)

Por tanto, resulta claro que en el presente caso se vulnero flagrantemente el derecho fundamental a la defensa y al debido proceso que le asiste a la Entidad, en la medida que se surte un trámite no fue debidamente notificado. En síntesis, mi representada no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa, toda vez que no conoció del traslado de la demanda en su contra. En caso de que hubiese tenido conocimiento de la acción aludida, de inmediato o en el tiempo concedido por el Despacho, se hubiera ejercido el derecho a la contradicción.(...)”

Alega como causal de nulidad la establecida en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, y así tener la oportunidad para contestar la demanda. Su argumento es que la Fiduprevisora no tuvo conocimiento de la demanda, porque se notificó el auto admisorio al correo notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co y no a los correos procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co y notjudicial@fiduprevisora.com.co que son los que dispone la Fiduprevisora para esos efectos. En virtud de ello, alega que hubo indebida notificación del auto admisorio de la demanda pues se dejó de notificar a la parte demandada, cercenándole así el derecho de defensa.

El fundamento base de la petición lo hace consistir en el hecho que, por mandato legal¹ ella y el Ministerio de Educación Nacional suscribieron un contrato de fiducia mercantil, en el cual la Nación a través de esa cartera ministerial, funge como Fideicomitente y la Fiduprevisora como Fiduciaria, cuyo objeto es: constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), con el fin de que La Fiduprevisora los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el consejo directivo del mismo.

Y refuerza lo anterior explicando que mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados en una fiducia según el artículo 4 de la ley 91 de 1989.

Respecto al trámite procesal surtido respecto de la nulidad propuesta, se tiene que la apoderada de la Nación y la Fiduprevisora remitió copia del escrito de nulidad al extremo demandante, por tanto, se entiende surtido, sin que sea necesario hacerlo por parte de la secretaría del despacho.

De cara a la nulidad propuesta, la parte demandante guardó silencio.

Caso Concreto

¹ Indica que mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados en fiducia, conforme al artículo 4 de la ley 91 de 1989

Sea lo primero indicar que el art. 133 núm. 8 del C.G.P aplicable por expresa remisión del artículo 208 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece como causal de nulidad la siguiente:

*8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.
...)"*

En consecuencia, se cumple con el presupuesto de taxatividad la causal de nulidad alegada, adicional a ello, no ha habido saneamiento de la nulidad bajo alguna de las premisas enlistadas en el art. 136 del Código General del Proceso. Específicamente en cuanto a la oportunidad de alegarla, lo hizo después de notificada la demanda, lo que quiere decir que no realizó ninguna actuación previa a la solicitud de nulidad, que pudiera sanearla. Finalmente, se especificaron con claridad los hechos en que se funda, y quien la propuso tiene legitimación para hacerlo en consideración a que es apoderada de la Nación-Ministerio de Educación también, según se advierte en el mismo poder aportado.

Dicho lo anterior, se resolverá a continuación la nulidad propuesta.

La demanda se erige en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio. Esto quiere decir que, el sujeto procesal que constituye la parte pasiva en la litis es la Nación, ente que cuenta con personería jurídica² para comparecer al proceso y que es a su vez, es el legitimado procesalmente por pasiva. De hecho, el Consejo de Estado de forma reiterada ha descartado la legitimación en la causa de la Fiduprevisora en estos procesos, y con ello, la necesidad de su vinculación.

Ahora bien, en este caso su representación la asume el Ministerio de Educación, por tratarse un asunto del sector educativo oficial, y por disposición del art. 9 de la Ley 91 de 1989 que dispone que es la Nación a través de ese Ministerio Nación a través de ese órgano la que le corresponde el reconocimiento de las prestaciones sociales que el FOMAG deba pagar.

Por cuenta de la disposición precitada, se le asigna también la legitimación en la causa material a la Nación para que deba a sumir las obligaciones que emanen de las sentencias judiciales relacionadas con las prestaciones que deban reconocerse al personal docente oficial. Sin perjuicio, de la legitimación en la causa que también le asistirá a los entes territoriales en materia de sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías en los eventos del art. 57 de la ley

² Según se desprende de la lectura del art. 159 del CPACA, 2 y 11 de la Ley 80 de 1993, art. 61 parágrafo, 99, 107 de la Ley 489 de 1998, arts. 1, 3 num. 3, 8, 14 y 15 de la Ley 1454, sentencia C-1096 de 2001 consideración 2 M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia del 25 de septiembre de 2013 de la sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicado No: 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420).

1955 de 2019, siempre y cuando la petición de auxilio de cesantías haya sido presentada con posterioridad a la entrada en vigencia de esa norma.

Adiciona a lo anterior, se tiene que fue la Ley 91 de 1989 la que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esta señala en sus artículos 3 y 9 lo siguiente:

ARTÍCULO 3. *Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato (sic) de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*

ARTÍCULO 9. *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.*

De dicha norma se resalta que: 1. El FOMAG debe firmar una Fiducia Mercantil **estatal**, cuyo propósito es la administración de los recursos del fondo. Pero, lo concerniente al reconocimiento de las prestaciones sociales seguirá de los docentes seguirá en cabeza de la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, no de la Fiduprevisora.

Al tratarse de una fiducia pública, por ser el fideicomitente un ente de derecho público, se colige que deberá registrarse por lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 80 de 1993, que difiere en algunos aspectos de la fiducia mercantil regulada en el código de comercio. El principal, para efectos de esta providencia es: 1. no constituirá un patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial. Al respecto, la disposición en mención preceptúa:

5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

(...)

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

(...)

El hecho de excluir la fiducia estatal la constitución de un patrimonio autónomo, desvirtúa cualquier obligación de vincular al proceso al FOMAG como persona jurídica y de suyo, a la Fiduprevisora como representante como parte pasiva en este tipo de asuntos. En efecto, al no ser el Fondo un patrimonio autónomo dotado de personería jurídica, puesto que la fiducia estatal no lo permite, es la Nación a través del Ministerio de Educación la única compelida a estar vinculada al proceso por pasiva y representar al Fondo judicialmente.

Tan claro es dicha situación que, mediante Escritura Publica No. 522 del 28 de marzo de 2019 de la Notaria 34 de Bogotá fue el mismo ministro de educación (en representación de la Nación) el que otorgó poder general al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos para que ejerciera la representación judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en los procesos judiciales que se instauraren contra este. No fue la Fiduprevisora la que lo hizo. Lo que también pone de presente que este abogado, así como la apoderada sustituta que presentó el incidente de nulidad, obran en representación de la Nación, mas no de la Fiduprevisora, ya que no reposa ningún poder otorgado por esta última para actuar dentro de este proceso.

Y es tan consciente de ese hecho la abogada que, en el mismo escrito de nulidad, se identifica como “*apoderada sustituta de la Nación -MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO otorgado, por el Doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, (...) en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*”. En ningún momento se presenta como apoderada de la Fiduprevisora o de esta como representante del FOMAG como patrimonio autónomo, porque sencillamente, por ley, no está constituido como tal.

Cosa diferente es que la Fiduprevisora sea la que escoja la persona que fungirá como apoderado de la Nación en los litigios que proponga el personal docente oficial, pues esa fue una de las cláusulas pactadas en el contrato de fiducia. Pero esta atribución de manera alguna desnaturaliza el hecho que la parte procesal encausada siga siendo la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, quien ostenta la titularidad del

derecho de contradicción, y respecto de la cual se pretende, a través de sentencia reconocimiento de una sanción moratoria a favor de la demandante.

En ese sentido, a pesar de que la Fiduprevisora en virtud del contrato de Fiducia Mercantil, sea la encargada de la administración de los recursos del Fondo y que, en virtud de ello, debe velar por la defensa del patrimonio del fideicomiso, ello no le otorga el carácter de parte procesal en estos asuntos. Por consiguiente, no es a la que debe enviársele las notificaciones de las providencias judiciales que se expidan en este proceso. Solo sería procedente hacerlo una vez que en la contestación de la demanda el Ministerio llegare a informar expresamente sobre otros correos electrónicos de recepción de notificaciones.

Sumando a lo anterior, es pertinente destacar que, hasta la fecha el juzgado de manera continua ha efectuado la notificación de cientos de demandas en las que funge como parte pasiva la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio al correo electrónico notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co, el cual, además de ser el indicado en la página web de la entidad, nunca había sido cuestionado ni alegado nunca la indebida notificación de la demanda, incluso de ninguna providencia notificada a ese mismo correo electrónico. Por el contrario, en muchos de ellos presentaban contestación de la demanda, apelaciones contra sentencias o pronunciamientos respecto a la apelación de la parte actora, y su apoderado asistían a las audiencias programadas. Ejemplo de ellos son los procesos con los siguientes radicados que se tramitaron en este juzgado: 2017-00227, 2017-00047, 2017-0288, 2018-00277, 2018-00163, 2018-00144, 2018-00153, 2018-00252, 2020:00081, 00083, 00086, 00088, 00090, 00092, 00100, 00101, 00102, 00110, 00114, 00118, 00119, 00120, 00129, 00135, 00136, 00139, 00140, 00158, 00168, 00181, entre muchos otros.

De modo pues que, bajo las anteriores consideraciones resulta infundada la nulidad procesal propuesta por la misma Nación-Ministerio de Educación. Lo que sí percibe el despacho es una inadecuada organización interna y descoordinación entre el Ministerio de Educación y la Fiduprevisora, en lo concerniente a la representación judicial en este tipo de casos.

Pero en todo caso, el hecho de que por cuestiones administrativas o logísticas los apoderados de la Nación-Ministerio de Educación trabajen y utilicen los recursos técnicos, entre ellos los correos electrónicos de la Fiduciaria para cumplir con sus obligaciones de representación judicial en los procesos que se sigan contra el FOMAG, eso no impone obligación alguna al juzgado de notificar de las demandas a la Fiduprevisora (porque no es parte ni representa al Fondo como patrimonio autónomo, porque tampoco lo es). Su obligación, se reitera, es notificar de la demanda al sujeto procesal contra el cual se dirija que cuente con capacidad para ser parte, esto es, con personería jurídica, que para este caso es la Nación y cuya representación está a cargo del Ministerio de Educación, al correo electrónico que tenga registrado en su página web para efectos judiciales.

Sin perjuicio de lo anterior y para facilitar el trabajo de los apoderados de la Nación, y así puedan ejercer sus deberes en el mayor número de procesos posible (ojalá en todos), de aquí en adelante se ordenará a Secretaría que además de realizar las notificaciones de las providencias judiciales al correo del Ministerio de Educación, también las comunique a los referidos por la Fiduprevisora.

En suma de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

Primero: Negar la solicitud de nulidad procesal, solicitada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

Segundo: Ordenar a Secretaría que, en adelante, comunique también las providencias judiciales a los correos electrónicos: procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co y notjudicial@fiduprevisora.com.co, para los fines contemplados en la parte motiva.

Tercero: Reconocer a al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos con T.P. 250.292 del C.S de la J., como apoderado general de la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG, según poder presentado; y a la Dra. Leidy Johana Barrientos Peñuela identificada con T.P No. 325.804 del C.S.J como apoderada sustituta para este proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez