



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
NEIVA (HUILA) Juzgado Administrativo DE ORALIDAD 005
Fijacion estado
Entre: 06/11/2020 Y 06/11/2020

Fecha: 06/11/2020

45

Página: 1

Numero Expediente	Clase de Proceso	Subclase de Proceso	Demandante / Denunciante	Demandado / Procesado	Objeto	Fecha del Auto	Fechas		Cuaderno
							Inicial	V/miento	
41001333300520160023400	EJECUTIVO	Sin Subclase de Proceso	GILBERTO CABRERA SOLARTE	MUNICIPIO DE SAN AGUSTIN	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:20:55.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190011100	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	CONSTANZA VELASQUEZ QUINTERO	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 17:51:34.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190013500	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	ELICIO PEREZ FLOREZ	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 17:55:21.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190016600	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	LUZ MARY SUAREZ	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 17:57:33.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190021300	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	JOSE LUIS HERMOSA SANCHEZ	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:00:37.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	

SE PUBLICA EN LA PAGINA WEB <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-neiva/home> SIENDO LAS SIETE DE LA MA?ANA (07:00 AM).
SE DESFIJARA LA PRESENTE A LAS 5 DE LA TARDE (05:00 PM)

HENIO ANDRES RAMIREZ CAPERA
SECRETARIO

45

Página: 2

Numero Expediente	Clase de Proceso	Subclase de Proceso	Demandante / Denunciante	Demandado / Procesado	Objeto	Fecha del Auto	Fechas		Cuaderno
							Inicial	V/miento	
41001333300520190025900	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	CARMEN ROSA PEREZ CEBALLOS	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:04:52.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190027100	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	ALBA YANETH TOVAR	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:06:18.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190028200	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	MARTHA CECILIA BUYUCUE CAVIEDES	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:08:19.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190028300	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	OLIMPO MELENDEZ PUENTES	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:11:52.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190029600	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	MARY MEDINA VIDAL	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:13:42.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190030700	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	SANDRA TOBAR OSSA	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:15:05.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	

SE PUBLICA EN LA PAGINA WEB <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-neiva/home> SIENDO LAS SIETE DE LA MA?ANA (07:00 AM).
SE DESFIJARA LA PRESENTE A LAS 5 DE LA TARDE (05:00 PM)



HENIO ANDRES RAMIREZ CAPERA
SECRETARIO

Numero Expediente	Clase de Proceso	Subclase de Proceso	Demandante / Denunciante	Demandado / Procesado	Objeto	Fecha del Auto	Fechas		Cuaderno
							Inicial	V/miento	
41001333300520190033300	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	NELSON JOSE LOPEZ GARCIA	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:17:49.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
41001333300520190034500	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Sin Subclase de Proceso	MIGDONIA RODRIGUEZ EMBUS	MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL	Actuación registrada el 05/11/2020 a las 18:19:30.	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	

SE PUBLICA EN LA PAGINA WEB <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-05-administrativo-de-neiva/home> SIENDO LAS SIETE DE LA MA?ANA (07:00 AM).
SE DESFIJARA LA PRESENTE A LAS 5 DE LA TARDE (05:00 PM)



HENIO ANDRES RAMIREZ CAPERA
SECRETARIO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: NELSON JOSÉ LÓPEZ GARCÍA
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00333-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo

No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.*

***Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso.** Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

*La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez.** subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable." (Negrilla fuera de texto).*

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA*"; "*CADUCIDAD*"; "*PRESCRIPCIÓN*"; "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*"⁴.

2.2.1 Litisconsorcio Necesario por Pasiva⁵: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario señalando que debe vincularse a la Secretaria de Educación Territorial, en tanto que fue la entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, argumentando que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no solo ha sido decantada por la jurisprudencia, sino por el contenido normativo que determina la

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 11 a 13 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

competencia del ente demandado. Resalta que la función de las Secretarías de Educación de cada ente territorial únicamente consiste en suscribir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, pero lo hace a nombre y en representación del FOMAG.

Decisión de la excepción: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la exceptiva propuesta no resulta prospera.

2.2.2. Caducidad⁷: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

⁷ Folio 14 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, se opuso a la prosperidad de la excepción indicando que para el presente asunto no opera dicho fenómeno.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁸

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁹

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, “este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie”. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA¹⁰ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 1 de abril de 2019 con radicado 2019ER8499¹¹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 8 del libelo introductor.

2.2.3. Prescripción¹²: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

¹⁰ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] **c)** Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

¹¹ Folio 19 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado <https://etbpcsi->

https://ms.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoi%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDOD%20IUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2F%20EXPEDIENTES%2F2019%2D003333%20NRD%20NELSON%20JOSE%20LOPEZ%20GARCIA%2F01CuadernoPrincipal%1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDOD%20IUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2F%20EXPEDIENTES%2F2019%2D003333%20NRD%20NELSON%20JOSE%20LOPEZ%20GARCIA&originalPath=/aHR0CM6L9ldGJic2otbXkc2hhcmlWvb2ludC5jb2V0cmZlZC5vcG93cy20YWRwYWRwMTMDVzWifY2VuzG9aX3JhbWVfQdWRPzY2lhbF9nb3ZfY2hRVZ2YzZlZWR2bWVlIjE4bXk5udnZnc2dCVXUtb2V4eH0Zu1hTHVVS29hM2MDWdWz29ydgGltZT1heEJ2MnYtOTJfZW

¹² Folios 14 y 15 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Traslado de la excepción: El apoderado actor se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que en el asunto no hay prescripción.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001-23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva¹³: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

¹³ Folio 16 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, se opuso a la prosperidad de la excepción argumentando que la entidad encargada de reconocer y pagar las cesantías es la demandada, tal como lo ha señalado en sus pronunciamientos el Consejo de Estado.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹⁴ :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*
- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹⁵, y la sanción moratoria que en este caso se discute si bien se causó en el 2019¹⁶, fue previo a la entrada en vigencia de aquella norma, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada ausencia de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁵ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁶ Libelo introductorio.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Ahora bien, existen dos solicitudes probatorias en el escrito de contestación de la demanda elevadas por el FOMAG, en los siguientes términos: *“Certificación por parte de la entidad ante la cual se puso se interpuso Derecho de Petición, la fecha en la cual se reclamó el pago de la sanción moratoria a fin de determinar y cotejar si lo traigo como anexo por la parte demandante goza de plena validez y determinar si existe o no Prescripción. Así como también si el mismo fue contestado a fin de desvirtuar un acto ficto”*¹⁹

Sea de advertir, que de conformidad con el numeral 10º del artículo 78 y el artículo 173 de la ley 1564 de 2012 las partes tienen el deber de abstenerse de solicitarle al juez, y este de no ordenar, la práctica de pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere la parte ha podido obtener. Además, el demandado tiene la obligación de aportar con la contestación el expediente administrativo sobre los antecedentes de la actuación

¹⁷ Folio 3 al 16 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 17 al 30 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁹ Folio 17 del escrito de contestación del FOMAG.

objeto del proceso conforme el artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Lo implica desde luego, que, de no reposar dichos antecedentes en sus archivos, debía realizar las gestiones necesarias para su obtención ante el ente territorial. En gracia de discusión, comoquiera que la Secretaría de Educación Departamental del Huila, brindó respuesta a la petición documental elevada por el FOMAG, la cual fue remitida en memorial del 26 de febrero de 2020²⁰, el Juzgado le otorga valor probatorio a dichos documentos, conforme lo previsto en el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²¹, mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en

²⁰ Folio 51 al 66 del Cuaderno Principal No. 1 Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) visible en el OneDrive del Juzgado.

²¹ Folios 18 a 24 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Si bien reposa en el expediente copia de la escritura pública del apoderado general de la entidad demandada, no obra poder de sustitución otorgado por el doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS a la abogada LAURA MILENA CORREA GARCÍA. No obstante, en aras de darle prioridad al derecho sustancial sobre el formal, y a fin de no obstaculizar el normal trámite del presente asunto, se resolvió lo que correspondía, sin perjuicio de requerir al apoderado de la parte demandada para que allegue el poder de sustitución, acreditando que le fue conferido por el apoderado general de la Entidad demandada para actuar dentro del presente asunto.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas ***"LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA" "CADUCIDAD" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"***, formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"PRESCRIPCIÓN"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para

ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y solicitadas por la demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”, las cuales ya se encuentran incorporadas, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SÉPTIMO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

OCTAVO: REQUERIR a la abogada **LAURA MILENA CORREA GARCÍA**, para que allegue el poder de sustitución que le fue conferido por el apoderado general

de la entidad demandada para actuar dentro del presente asunto, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

NOVENO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **150eb9b0fce09483651bdd1ecb4d08199c54ac91731df106c33d7d387eed6502**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:10 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: MIGDONIA RODRÍGUEZ EMBUS
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL HUILA
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00345-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Secretaría de Educación Departamental del Huila.

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez**. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Negrilla fuera de texto).”

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dejó vencer en silencio el término para

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

contestar la demanda, de acuerdo a la constancia secretarial del 15 de octubre de 2020⁴.

Por su parte, el demandado, Departamento del Huila -Secretaría Departamental e Educación, formuló en el escrito de contestación de la demanda, la excepción previa denominada "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*"⁵.

Traslado de las excepciones: El término de traslado de las excepciones propuestas venció en silencio, según constancia secretarial del 22 de octubre de 2020⁶.

2.2.1 Falta de legitimación en la causa por pasiva⁷: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Huila -Secretaría de Educación Departamental del Huila, al considerar que la entidad que representa no se encuentra legitimada por pasiva, por cuanto el encargado de pagar la prestación que se reclama es el FOMAG, conforme lo contemplado en la Ley 91 de 1989 y la Ley 962 de 2005, y no el ente territorial que solo se ocupa de tramitar la elaboración y firma del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones.

Decisión de la excepción: Para resolver las excepciones previas es importante recordar que la falta de legitimación en la causa por pasiva que, aunque no se encuentra enlistada en el artículo 100 del CGP como una excepción previa, incumbe analizarse en esta etapa procesal, en tanto que así lo dispone el inciso 3, del artículo 12 del Decreto Ley 806 del 2020 anteriormente transcrito.

Aclarado lo anterior, para resolver las excepciones planteadas por las entidades demandadas, es importante señalar que el Consejo de Estado ha dispuesto de manera clara que le compete exclusivamente al FOMAG, la obligación de reconocer y pagar las cesantías de los docentes afiliados, y en consecuencia, también tiene a su cargo el deber de cancelar la sanción moratoria. En sus palabras señaló:

"En primer lugar, la Sala se pronunciará sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; en relación con esta proposición, se observa que tal como lo señaló el a quo, no es procedente la vinculación del Municipio de Villavicencio-Secretaría de Educación, toda vez que la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías del

⁴Expediente híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado [https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hpcmVwb2ludC5jb20vOmY6L2cvcGVyc29uYWwvYWRTMDVvZWl0Y2VvZG9qX3JhbWVqdWRpY2IhbF9nb3ZfY28vRW50d0FDNE1VREJkcVJpLWht4TV93S0lCNVV3b3JxQ1VDWEc0bnBCQ01mU3RkUT9ydGltZT1kMHc0Z1p5QjJFZW&id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00345%20NRD%20MIGDONIA%20RODRIGUEZ%20EMBUS](https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hpcmVwb2ludC5jb20vOmY6L2cvcGVyc29uYWwvYWRTMDVvZWl0Y2VvZG9qX3JhbWVqdWRpY2IhbF9nb3ZfY28vRW50d0FDNE1VREJkcVJpLWht4TV93S0lCNVV3b3JxQ1VDWEc0bnBCQ01mU3RkUT9ydGltZT1kMHc0Z1p5QjJFZW&id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00345%20NRD%20MIGDONIA%20RODRIGUEZ%20EMBUS%2F02ConstanciaSecretarial%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00345%20NRD%20MIGDONIA%20RODRIGUEZ%20EMBUS)

⁵ Escrito de contestación de la demanda allegado por el Departamento del Huila.

⁶ Vista en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado

⁷ Folio 4 y 5 del escrito de contestación de la demanda allegado por el Departamento del Huila.

demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales. Estas últimas, únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago de la prestación social.

Así pues, la Sala considera que, en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales; porque las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en la secretarías de educación territoriales, radican únicamente en la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁸.

(...)

Entidad encargada del pago de la sanción moratoria

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad competente para reconocer y pagar las prestaciones de sus docentes afiliados, como lo indica el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, así:

"ARTÍCULO 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos: 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

(...)"

A su turno, el Decreto 1775 del 3 de agosto de 1990⁹, expedido por el Presidente de la República, en los artículos 5, 6, 7 y 8 reglamentaba el trámite para las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio. Sin embargo, posteriormente, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005¹⁰ dispuso que las prestaciones sociales son reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial Certificada donde está vinculado el docente.

A partir de la lectura de estas normas, la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que el Fondo tiene la función de (i) aprobar el acto que reconoce y de (ii) pagar la prestación del docente. También se ha destacado que la Secretaría de Educación del ente territorial actúa en nombre del fondo, el cual, por ende, no está

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección B. Auto de 11 de abril de 2019. Consejero Ponente: César Palomino Cortés

⁹ "por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de que trata la Ley 91 de 1989".

¹⁰ "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos". "ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará 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".

legitimado por pasiva frente al reconocimiento y pago de las cesantías, pues solo tiene a su cargo la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento que sea aprobado por la entidad fiduciaria, siendo el fondo quien concreta el pago. Así se consideró en el auto del 26 de abril de 2018 al indicar lo siguiente:

"(...) en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales."¹¹

En consecuencia, en vista que el pago de las cesantías le compete exclusivamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, esté también debe cancelar la sanción moratoria. Por este motivo, la Sala mantendrá la posición respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación decretada por el Tribunal Administrativo del Meta.¹² (Negrilla y Subraya por fuera del texto)

Conforme al criterio que ha fijado el Consejo de Estado, es claro que no es procedente la vinculación de los entes territoriales en los procesos en los que se discuta el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que se solicita en la demanda.

Bajo ese contexto, en el presente caso es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada por la parte demandante ya que las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo y conforme lo ha definido el Consejo de Estado desde el 26 de agosto de 2019¹³.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019¹⁴ y ésta última reguló el tema en su artículo 57, dicha disposición no rige el asunto objeto de estudio porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el 19 de marzo de 2015 (fol. 15), es decir, con anterioridad a la expedición de la mencionada ley¹⁵.

Así las cosas, se declara probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Huila -Secretaría de Educación Departamental del Huila, dándose

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 68001-23-33- 000-2015-00739-01 (0743-2016).

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés, 2 de octubre de 2019, Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00119-01(3432-16), Actor: Héctor Gabriel Céspedes Romero, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio De Villavicencio – Secretaría De Educación.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: William Hernández Gómez, 26 de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728- 18).

¹⁴ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: William Hernández Gómez, 26 de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728- 18).

por terminado el proceso contra el ente territorial y continuando el proceso únicamente teniendo como parte pasiva el Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁶, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁷ y **escrito de contestación**¹⁸, de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

¹⁶ Folio 1 al 10 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁷ Folio 11 al 25 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 8 al 16 de la contestación de la demanda allegado por el Departamento del Huila.

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la directora del Departamento Administrativo Jurídico del Departamento del Huila, doctora SANDRA XIMENA CALDERÓN al abogado IVÁN BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁹, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción previa denominada "***FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA***", formulada por la demandada, Departamento del Huila -Secretaría de Educación Departamental del Huila, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y contestación de la demanda, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SEXTO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **IVÁN BASTAMANTE ALARCÓN**, identificado con cédula de ciudadanía número

¹⁹ Folios 9 a 19 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

12.129.566 de Neiva (H). y T.P. No. 75.909 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Departamento del Huila -Secretaría de Educación Departamental del Huila, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado con el escrito de contestación de la demanda, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SÉPTIMO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9e81c867d01129643d4495ef42d6861776192dafa79b74853b71a1662dcabba0**
Documento generado en 05/11/2020 03:38:14 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (05) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

PROCESO:	: EJECUTIVO
DEMANDANTE:	: GILBERTO CABRERA SOLARTE
DEMANDADO:	: MUNICIPIO DE SAN AGUSTÍN
RADICACIÓN:	: 41001-33-33-005-2016-00234-00

I.-ASUNTO:

Procede el Juzgado a resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación, presentado por el apoderado de la parte ejecutante, contra el auto interlocutorio No. 0205 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020).

II. ANTECEDENTES:

Mediante auto interlocutorio No. 0205 del doce (02) de marzo de dos mil veinte (2020)¹, se aprobó la liquidación de las costas procesales realizada por la Secretaria del Despacho el 12 de marzo de 2020², a cargo del **MUNICIPIO DE SAN AGUSTÍN** y a favor del demandante **GILBERTO CABRERA SOLARTE**, y se modificó de oficio la liquidación del crédito presentada en el presente asunto³.

Así las cosas, dentro del término de ejecutoria la parte ejecutada **MUNICIPIO DE SAN AGUSTÍN** interpone recurso de apelación, contra el citado auto interlocutorio.

1 Folios 251 al 253 del cuaderno principal ejecutivo No. 2.

2 Folio 250 del cuaderno principal ejecutivo No. 2.

3 Folios 176 al 181 del cuaderno principal ejecutivo No. 2.

III. CONSIDERACIONES:

Conforme lo precisan los artículos 242 y 243 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 318 y numeral 10° del artículo 321 del Código General del Proceso, contra el auto recurrido proceden los recursos de reposición y apelación, el cual fue presentado dentro del término que concede la Ley para ello, y en virtud de la integración normativa establecida en los artículos 299 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, sobre la Procedencia y Oportunidad de los recursos de reposición y apelación contra autos proferidos fuera de audiencia, dispone el inciso tercero 3° del artículo 318 del Código General del Proceso, que se deberá interponer por escrito dentro de los 3 días siguientes al de la notificación; el trámite se rige por lo establecido en el inciso segundo 2° del artículo 319 ibídem, al estipular que cuando sea procedente formularlo por escrito, se resolverá previo traslado a la parte contraria por tres (3) días como lo prevé el artículo 110 de la misma norma.

Siguiendo estos lineamientos, el veinticinco (25) de septiembre del año en curso (2020) se procedió a dar traslado mediante fijación en lista por el término de un (1) día, del recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el artículo 110 del Código General del Proceso; término dentro del cual, el 30 de septiembre de 2020 el apoderado de la parte ejecutante recorrió el traslado solicitando se negara el recurso de apelación propuesto por la entidad territorial demandada.

De la lectura del recurso interpuesto, se desprende que la inconformidad del recurrente radica fundamentalmente en que, según éste, el Juzgado debe revocar el numeral **SEGUNDO** del auto recurrido porque existe error en el cálculo de la mesada pensional, cobro erróneo de indexación de la mesada pensional, error en el cobro de intereses de mora y pago de la obligación.

El Despacho resalta que el propósito fundamental de la figura jurídica del recurso de reposición, es buscar que el Juez que profirió la decisión evalúe las inconsistencias o agravios alegados por la parte impugnante y con base en esto, de ser fundado revoque o reforme el auto recurrido.

El numeral 2° del artículo 446 del Código General del Proceso, establece que, de la liquidación del crédito presentada, se dará traslado a la otra parte en la forma prevista en el artículo 110 *ibídem*, por el término de tres (3) días, **dentro del cual sólo podrá formular objeciones relativas al estado de cuenta**, para cuyo trámite deberá acompañar, so pena de rechazo, una liquidación alternativa en la que se precisen los errores puntuales que le atribuye a la liquidación objetada.

El veinticinco (25) de septiembre del año 2019, se procedió a dar traslado mediante fijación en lista por el término de un (1) día, de la liquidación del crédito presentada por el apoderado judicial de la parte ejecutante, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 del Código General del Proceso, término dentro del cual, el 30 de septiembre de 2019 la apoderada de la entidad territorial ejecutada recorrió el traslado, objetando la liquidación del crédito presentada por el ejecutante sin acompañar una liquidación alternativa en la que se precisaran los errores puntuales que le atribuía a la liquidación objetada.

En aras de tener la certeza sobre el valor del capital e intereses adeudados conforme al título ejecutivo, que contiene la obligación liquidable y previo a analizar la objeción presentada por la entidad territorial ejecutada, mediante auto de sustanciación No. 0112 del siete (7) de febrero de dos mil veinte (2020), se dispuso ordenar con éste fin oficiar al Contador del Tribunal Administrativo del Huila, que presta apoyo en dicha área a los Juzgados Administrativos⁴, quien efectuó la liquidación del valor impuesto en la condena judicial junto a los intereses moratorios⁵, calculados conforme lo dispuesto a la orden impartida en la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión el 23 de enero de 2014⁶.

Sobre la objeción a la liquidación presentada por la parte ejecutante y alegada por la entidad territorial ejecutada, el Despacho mediante el auto interlocutorio No. 0205 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 446 del Código General del Proceso, la **RECHAZÓ** al no acompañarla con una liquidación alternativa, en la que se precisaran los errores puntuales relativos al estado de cuenta.

4 Folios 241 y 242 del cuaderno principal ejecutivo No. 2.

5 Folios 245 al 248 del cuaderno principal ejecutivo No. 2.

6 Folios 212 al 212 del cuaderno principal No. 1.

El Contador del Tribunal Administrativo del Huila, que presta apoyo en dicha área a los Juzgados Administrativos, realizó la siguiente liquidación:

Mesadas pensionales causadas del 03/12/2004 al 02/12/2009:	\$75.314.352,°°
Indexación sobre mesadas pensionales del 03/12/04 al 02/12/09:	\$18.815.696,°°
Diferencia mesadas pensionales del 03/12/2009 al 14/02/2014:	\$35.037.670,°°
Indexación sobre diferencia de mesadas del 02/12/09 al 14/02/14:	\$1.719.240,°°
Diferencia de mesadas pensionales del 15/02/2014 al 29/02/2020:	<u>\$59.998.911,°°</u>
Subtotal capital:	\$190.885.869,°°
Intereses moratorios causados del 15/02/2014 al 03/03/2020:	<u>\$183.944.022,°°</u>
Total capital e intereses:	\$374.829.891,°°

En aras de salvaguardar los principios superiores que rigen en el ordenamiento jurídico, con pleno reconocimiento de la legalidad a la que deben sujetarse las actuaciones que se produzcan en ejercicio de la función jurisdiccional, y con observancia del debido proceso, este Despacho Judicial realizó la modificación de oficio de la liquidación presentada mediante el auto interlocutorio No. 0205 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020).

Así las cosas, se evidencia por una parte que, efectivamente como lo manifiesta el apoderado de la entidad territorial recurrente, al señalar que al momento de la modificación de oficio de la liquidación del crédito, no se tuvieron en cuenta los abonos ni se hicieron las respectivas deducciones; y por otra, teniendo en cuenta que posterior a la fecha de la providencia recurrida, el **MUNICIPIO DE SAN AGUSTÍN** realizó un nuevo abono al constituir Depósito Judicial; el Juzgado considera que es procedente reponer el auto recurrido y en consecuencia, variar los valores establecidos en el auto interlocutorio No. 0205 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), por medio del cual en su momento se modificó de oficio la liquidación del crédito conforme a los valores y conceptos descritos en la parte considerativa de la providencia recurrida.

En ese sentido, el Juzgado tendrá en cuenta los abonos realizados así:

ABONOS REALIZADOS POR EL MUNICIPIO DE SAN AGUSTÍN A LA FECHA:	
COMPROBANTE DE EGRESO:	VALOR:
Nº 2016000360 DEL 02 DE MAYO DE 2016	\$25.000.000,°°
Nº 2016000911 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2016	\$15.000.000,°°

N° 2016001304 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2016	\$22.726.050,°°
N° 2016001305 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2016	\$7.468.522,°°
N° 2020000528 DEL 12 DE MAYO DE 2020	\$80.000.000,°°
VALOR TOTAL ABONOS REALIZADOS:	\$150.194.572,°°

En consecuencia, el Despacho **REPONE** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive del auto interlocutorio No. 0205 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), por medio del cual se modifica de oficio la liquidación del crédito en el presente asunto.

A este valor se le deberá incluir la liquidación realizada por Secretaría de las costas procesales y agencias en derecho a que se condenó a la entidad territorial demandada **MUNICIPIO DE SAN AGUSTÍN**, en el auto interlocutorio No. 0702 del 26 de noviembre de dos mil dieciocho (2018), providencia mediante la cual se ordenó seguir adelante la ejecución, la cual quedará así:

LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO AL 03 DE MARZO DE 2020	
VALOR DEL CAPITAL A PAGAR	\$190.885.869,°°
VALOR DE INTERESES DEL 15/02/2014 al 03/03/2020	\$183.944.022,°°
COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO LIQUIDADAS POR SRIA	\$796.242,°°
MENOS EL VALOR DE LOS ABONOS REALIZADOS	-\$150.194.572
VALOR TOTAL A PAGAR AL EJECUTANTE	\$225.431.591,°°

Partiendo de los lineamientos expuestos, la liquidación del crédito actualizada al tres (3) de marzo del año dos mil veinte (2020), asciende a la suma de **DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESO (\$225.431.591,°°)**.

Los demás aspectos de la providencia recurrida quedarán incólumes, al no ser objeto de reparo alguno.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: REPONER el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive del auto interlocutorio No. 0205 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, entiéndase el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive del auto interlocutorio No. 0205 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), de la siguiente manera:

"SEGUNDO: MODIFICAR la liquidación del crédito presentada por el apoderado de la parte ejecutante, y que asciende a la suma de **DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESO (\$225.431.591,00)**, por concepto de capital e intereses moratorios actualizados, según la liquidación realizada por el Contador del Tribunal Administrativo del Huila, que presta apoyo en dicha área a los Juzgados Administrativos, actualizada al tres (3) de marzo del año dos mil veinte (2020), y la liquidación de costas y agencias en derecho realizada por la Secretaría del Despacho; conforme lo demostrado y aludido en la parte motiva de ésta providencia."

TERCERO: Los demás aspectos de la providencia recurrida quedarán incólumes, al no ser objeto de reparo alguno.

CUARTO: NOTIFICAR este auto por estado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011 y COMUNICAR el presente auto al apoderado de la parte actora al correo electrónico suministrado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 205 ibídem.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ

Juez

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f1de31e64d7c07ca787d98e0fead9576078cee5f5796d513abfd976dcb87d0af

Documento generado en 05/11/2020 03:38:17 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: CONSTANZA VELÁSQUEZ QUINTERO
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00111-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez**. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Negrilla fuera de texto).”

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*LITISCONSORCIO NECESARIO*

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

*POR PASIVA"; "CADUCIDAD"; "PRESCRIPCIÓN"; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*⁴.

2.2.1 Litisconsorcio Necesario por Pasiva⁵: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario señalando que debe vincularse a la Secretaría de Educación Territorial, en tanto que fue la entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, argumentando que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no solo ha sido decantada por la jurisprudencia, sino por el contenido normativo que determina la competencia del ente demandado. Resalta que la función de las Secretarías de Educación de cada ente territorial únicamente consiste en suscribir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, pero lo hace a nombre y en representación del FOMAG.

Decisión de la excepción: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 73 a 75 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la exceptiva propuesta no resulta prospera.

2.2.2. Caducidad⁷: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

⁷ Folio 76 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁸

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁹

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA¹⁰ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

¹⁰ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] **c)** Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 18 de mayo de 2018 con radicado 2018PQR13882¹¹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 7 del libelo introductor.

2.2.3. Prescripción¹²: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: La apoderada actora se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que no se encuentra llamada a prosperar toda vez que la reclamación administrativa formulada al demandado se encuentra radicada dentro de los 3 años siguientes de efectuado el pago de las cesantías, es decir, el derecho laboral ha sido reclamado oportunamente.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001- 23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto,

¹¹ Folio 28 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hpcmVwb2ludC5jb20vOmY6L2cvcGVyc29uYWwvYWRtMDVuZWlFY2VuZG9gX3JhbWQdWRpY2lhbF9nb3ZfY28vRXVWRHoxY01lY2EJHay1PZTNnb29uYk1CZ0pDS0JOUUwzdRBUUN0QWEydzdPOT9vdGltZT1heFlmSERIOjJFZW&id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00111%20NRD%20CONSTANZA%20VELASQUEZ%20QUINTERO%2F01CuadernoPrincipal1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00111%20NRD%20CONSTANZA%20VELASQUEZ%20QUINTERO

¹² Folio 77 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva¹³: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹⁴ :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

¹³ Folios 78 y 79 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*
- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.” (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad

territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su párrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹⁵, y la sanción moratoria que en este caso se discute si bien se causó en el 2018¹⁶, fue previo a la entrada en vigencia de aquella norma, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada ausencia de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

¹⁵ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁶ Libelo introductorio.

¹⁷ Folio 3 al 15 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 16 al 36 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

Ahora bien, existen dos solicitudes probatorias en el escrito de contestación de la demanda elevadas por el FOMAG, en los siguientes términos: *“Certificación por parte de la entidad ante la cual se puso se interpuso Derecho de Petición, la fecha en la cual se reclamó el pago de la sanción moratoria a fin de determinar y cotejar si lo traigo como anexo por la parte demandante goza de plena validez y determinar si existe o no Prescripción. Así como también si el mismo fue contestado a fin de desvirtuar un acto ficto”*¹⁹

Sea de advertir, que de conformidad con el numeral 10º del artículo 78 y el artículo 173 de la ley 1564 de 2012 las partes tienen el deber de abstenerse de solicitarle al juez, y este de no ordenar, la práctica de pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere la parte ha podido obtener. Además, el demandado tiene la obligación de aportar con la contestación el expediente administrativo sobre los antecedentes de la actuación objeto del proceso conforme el artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Lo implica desde luego, que, de no reposar dichos antecedentes en sus archivos, debía realizar las gestiones necesarias para su obtención ante el ente territorial. En consecuencia, tal solicitud probatoria se denegará. Sin embargo, frente a la certificación de pago de la cesantía aportada con la contestación de la demanda²⁰, el Juzgado le otorga valor probatorio.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

¹⁹ Folio 79 del escrito de contestación del FOMAG.

²⁰ Folio 81 del escrito de contestación del FOMAG.

Si bien reposa en el expediente se acredita que la contestación de la demanda fue enviada mediante mensaje de datos por la abogada LAURA MILENA CORREA GARCÍA, apoderada sustituta de la entidad, lo cierto es que no se allegó poder que le fuera conferido por el apoderado general del FOMAG, LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, como en otros procesos si ha sido aportado. No obstante, en aras de darle prioridad al derecho sustancial sobre el formal, y a fin de no obstaculizar el normal trámite del presente asunto, se resolvió lo que correspondía, sin perjuicio de requerir a los apoderados de la parte demandada para que alleguen el poder general y poder de sustitución, para actuar dentro del presente proceso.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas ***"LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA" "CADUCIDAD" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"***, formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"PRESCRIPCIÓN"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y certificado allegado por la demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SÉPTIMO: REQUERIR a los abogados **LAURA MILENA CORREA GARCÍA y LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, para que alleguen el poder general y de sustitución conferidos para actuar dentro del presente asunto, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

OCTAVO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **93e84bcb50d1e3ce54cbdefab2b7368a4800790ca7a845a46789fae6f305c6ec**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:20 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: ELICEO PÉREZ FLÓREZ
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00135-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver la excepción previa planteada en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez**. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Negrilla fuera de texto).”

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de la excepción previa planteada por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de la excepción previa planteada y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

demanda, la excepción previa denominada "*INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO*"⁴.

Traslado de las excepciones: El término de traslado de las excepciones propuestas venció en silencio, según constancia secretarial del 22 de octubre de 2020⁵.

2.2.1 Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico⁶: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la exceptiva, argumentando que no encuentra sustento jurídico la petición de nulidad del acto enjuiciado, teniendo en cuenta que para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones ya que el legislador enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base, acogiéndose a la providencia del 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. César Palomino Cortés, Expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01.

Decisión de la excepción: Al respecto, se observa que los argumentos de la entidad hacen parte de los argumentos de defensa, toda vez que no se invocan "*nuevas consecuencias jurídicas sobre nuevos supuestos de hecho, jurídicos y probatorios, que conducen a la destrucción de la reclamada por el actor*"⁷; en consecuencia, al decidir de mérito el proceso, quedarán de paso resueltas.

En efecto, comoquiera que la excepción formulada, hace parte de las manifestaciones tendientes a desestimar las pretensiones invocadas por la parte actora, aquella no está llamada a prosperar como excepción, pues refiere temas de fondo que deben resolverse en la sentencia. De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la misma.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Vista en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado

⁶ Folio 6 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁷ QUIROGA C. Héctor Enrique. La Pretensión Procesal y su Resistencia. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 209.

caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5837 del 6 de octubre de 2016, por la cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de una reliquidación de la pensión de jubilación de la docente, y calculó la mesada pensional sin la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año previo al retiro del servicio. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de práctica de pruebas⁸, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**⁹ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Si bien reposa en el expediente se acredita que la contestación de la demanda fue enviada mediante mensaje de datos por la abogada EDID PAOLA ORDÚZ TRUJILLO, apoderada sustituta de la entidad, lo cierto es que no se allegó poder que le fuera conferido por el apoderado general del FOMAG, LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, como en otros procesos si ha sido aportado. No obstante, en aras de darle prioridad al derecho sustancial sobre el formal, y a fin de no obstaculizar el normal trámite del presente asunto, se resolvió lo que correspondía, sin perjuicio de requerir a los apoderados de la parte demandada para que alleguen el poder general y poder de sustitución, para actuar dentro del presente proceso.

⁸ Folio 3 al 15 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

⁹ Folio 16 al 35 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SEXTO: REQUERIR a los abogados **EDID PAOLA ORDÚZ TRUJILLO y LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, para que alleguen el poder general y de sustitución conferidos para actuar dentro del presente asunto, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

SÉPTIMO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4d6b06aa3260c17328d9c213386aff7cb755a49997453f2ae7a744d470bbbef9**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:23 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: LUZ MARY SUÁREZ
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00166-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo

No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.*

***Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso.** Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

*La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez.** subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable." (Negrilla fuera de texto).*

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA*"; "*CADUCIDAD*"; "*PRESCRIPCIÓN*"; "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*"⁴.

2.2.1 Litisconsorcio Necesario por Pasiva⁵: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario señalando que debe vincularse a la Secretaria de Educación Territorial, en tanto que fue la entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, argumentando que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no solo ha sido decantada por la jurisprudencia, sino por el contenido normativo que determina la

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 12 a 14 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

competencia del ente demandado. Resalta que la función de las Secretarías de Educación de cada ente territorial únicamente consiste en suscribir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, pero lo hace a nombre y en representación del FOMAG.

Decisión de la excepción: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la exceptiva propuesta no resulta prospera.

2.2.2. Caducidad⁷: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

⁷ Folio 15 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁸

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁹

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA¹⁰ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 23 de mayo de 2018 con radicado 2018PQR14310¹¹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 7 del libelo introductor.

2.2.3. Prescripción¹²: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: La apoderada actora se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que no se encuentra llamada a prosperar toda vez que la reclamación administrativa formulada al demandado

¹⁰ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

¹¹ Folio 27 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcend oj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00166%20NRD%20LUZ%20MARY%20SUAREZ%2F01CuadernoPrincipal1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00166%20NRD%20LUZ%20MARY%20SUAREZ&originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJic2otbXkuc2hhcmVwb2ludC5jb20vOmI6L2cvcGVvc29uYWwvYWRTMDVuZWlY2VuZG9qX3JhbWVqdWRpY2lhbF9nb3ZfY28vRWRxemhMemFOSFJMdWd0QlowNmIMOTRCWTN0RkYnF2VGhXMzlfZWNTMkxROT9ydGltZT1BvjVksIZHOTJFZw

¹² Folio 15 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

se encuentra radicada dentro de los 3 años siguientes de efectuado el pago de las cesantías, es decir, el derecho laboral ha sido reclamado oportunamente.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001-23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva¹³: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

¹³ Folio 17 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: EN este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹⁴ :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada*

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*

- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida a la accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando

su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹⁵, y la sanción moratoria que en este caso se discute presuntamente se causó en el 2018¹⁶, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada ausencia de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3. Sentencia Anticipada.

¹⁵ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁶ Libelo introductorio.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸, de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Ahora bien, existen dos solicitudes probatorias en el escrito de contestación de la demanda elevadas por el FOMAG, en los siguientes términos: *"Certificación por parte de la entidad ante la cual se puso se interpuso Derecho de Petición, la fecha en la cual se reclamó el pago de la sanción moratoria a fin de determinar y cotejar si lo traigo como anexo por la parte demandante goza de plena validez y determinar si existe o no Prescripción. Así como también si el mismo fue contestado a fin de desvirtuar un acto ficto"*¹⁹

Sea de advertir, que de conformidad con el numeral 10º del artículo 78 y el artículo 173 de la ley 1564 de 2012 las partes tienen el deber de abstenerse de solicitarle al juez, y este de no ordenar, la práctica de pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere la parte ha podido obtener. Además, el demandado tiene la obligación de aportar con la contestación el expediente administrativo sobre los antecedentes de la actuación objeto del proceso conforme el artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Lo implica desde luego, que, de no reposar dichos antecedentes en sus archivos, debía

¹⁷ Folio 3 al 15 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 16 al 32 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁹ Folio 18 del escrito de contestación del FOMAG.

realizar las gestiones necesarias para su obtención ante el ente territorial. En consecuencia, tal solicitud probatoria se denegará.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²⁰, mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Así mismo, de la sustitución de poder allegada por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²¹ conferida a la abogada LAURA MILENA CORREA GARCÍA, para

²⁰ Folios 23 a 29 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

²¹ Folio 19 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

que actúe en representación de los intereses de la entidad demandada, el Juzgado conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso procede a reconocer personería adjetiva al profesional del derecho, para que actúe como apoderada sustituta del FOMAG.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas ***"LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA" "CADUCIDAD" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"***, formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"PRESCRIPCIÓN"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y niéguese el decreto de las demás solicitadas por la demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SÉPTIMO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

OCTAVO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **LAURA MILENA CORREA GARCÍA**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.049.623.679 de Tunja (B) y T.P. No. 260.239 del C.S.J., como apoderada sustituta de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

NOVENO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7218db08ccea65b277a4bba7f4b0726971d066be04a6add3baaa6a261980986d**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:26 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: JOSÉ LUIS HERMOSA SÁNCHEZ
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00213-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo

No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.*

***Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso.** Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

*La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez.** subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable." (Negrilla fuera de texto).*

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA*"; "*CADUCIDAD*"; "*PRESCRIPCIÓN*"; "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*"⁴.

2.2.1 Litisconsorcio Necesario por Pasiva⁵: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario señalando que debe vincularse a la Secretaria de Educación Territorial, en tanto que fue la entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, argumentando que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no solo ha sido decantada por la jurisprudencia, sino por el contenido normativo que determina la

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 11 a 13 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

competencia del ente demandado. Resalta que la función de las Secretarías de Educación de cada ente territorial únicamente consiste en suscribir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, pero lo hace a nombre y en representación del FOMAG.

Decisión de la excepción: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la exceptiva propuesta no resulta prospera.

2.2.2. Caducidad⁷: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

⁷ Folios 14 y 15 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁸

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁹

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA¹⁰ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 4 de julio de 2018 con radicado 2018PQR17958¹¹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 7 del libelo introductor.

2.2.3. Prescripción¹²: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: La apoderada actora se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que no se encuentra llamada a prosperar toda vez que la reclamación administrativa formulada al demandado

¹⁰ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

¹¹ Folio 30 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00213%20NRD%20JOSE%20LUIS%20HERMOSA%20SANCHEZ%2F01CuadernoPrincipal1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00213%20NRD%20JOSE%20LUIS%20HERMOSA%20SANCHEZ&originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hhcmVwb2ludC5jb20vOmI6L2cvcGVyc29uYWwvYWRTMDVuZWlFY2VuZG9qX3JhbWFiZWRpY2lhbF9nb3ZFY28vRnVpbnUFBTRW4zVWZKcVlKbVpSjUUYmdCT3FwEwybEVJTmd2SVBmdkg1RXBmUT9ydGltZT04MHRUYzAyQTJFZWw

¹² Folio 15 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

se encuentra radicada dentro de los 3 años siguientes de efectuado el pago de las cesantías, es decir, el derecho laboral ha sido reclamado oportunamente.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001-23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva¹³: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

¹³ Folio 17 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: EN este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹⁴ :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada*

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*

- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando

su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹⁵, y la sanción moratoria que en este caso se discute presuntamente se causó en el 2018¹⁶, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada ausencia de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3. Sentencia Anticipada.

¹⁵ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁶ Libelo introductorio.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Ahora bien, existen dos solicitudes probatorias en el escrito de contestación de la demanda elevadas por el FOMAG, en los siguientes términos: *“Certificación por parte de la entidad ante la cual se puso se interpuso Derecho de Petición, la fecha en la cual se reclamó el pago de la sanción moratoria a fin de determinar y cotejar si lo traigo como anexo por la parte demandante goza de plena validez y determinar si existe o no Prescripción. Así como también si el mismo fue contestado a fin de desvirtuar un acto ficto”*¹⁹

Sea de advertir, que de conformidad con el numeral 10º del artículo 78 y el artículo 173 de la ley 1564 de 2012 las partes tienen el deber de abstenerse de solicitarle al juez, y este de no ordenar, la práctica de pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere la parte ha podido obtener. Además, el demandado tiene la obligación de aportar con la contestación el expediente administrativo sobre los antecedentes de la actuación objeto del proceso conforme el artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Lo implica desde luego, que, de no reposar dichos antecedentes en sus archivos, debía

¹⁷ Folio 3 al 15 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 16 al 37 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁹ Folio 17 del escrito de contestación del FOMAG.

realizar las gestiones necesarias para su obtención ante el ente territorial. En consecuencia, tal solicitud probatoria se denegará.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²⁰, mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Así mismo, de la sustitución de poder allegada por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²¹ conferida a la abogada LAURA MILENA CORREA GARCÍA, para

²⁰ Folios 23 a 29 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

²¹ Folio 19 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

que actúe en representación de los intereses de la entidad demandada, el Juzgado conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso procede a reconocer personería adjetiva al profesional del derecho, para que actúe como apoderada sustituta del FOMAG.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas ***"LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA" "CADUCIDAD" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"***, formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"PRESCRIPCIÓN"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y niéguese el decreto de las demás solicitadas por la demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SÉPTIMO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

OCTAVO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **LAURA MILENA CORREA GARCÍA**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.049.623.679 de Tunja (B) y T.P. No. 260.239 del C.S.J., como apoderada sustituta de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

NOVENO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9b80a2cd6e68fecdb31e695f7c721b200ab73dbad948235955eb21ff32d9feeb**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:29 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: CARMEN ROSA PÉREZ CEBALLOS
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00259-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez**. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Negrilla fuera de texto).”

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "**CADUCIDAD**"; "**PRESCRIPCIÓN**"

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

y "DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA -AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"⁴.

2.2.1 Caducidad⁵: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, argumentó que la excepción no está llamada a prosperar, por no operar el fenómeno de la caducidad para el presente asunto.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁶

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 63 del Cuaderno Principal No. 1 Expediente Digitalizado -escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁷

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA⁸ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 17 de mayo de 2018, 2018PQR13711⁹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 8 del libelo introductor.

2.2.2. Prescripción¹⁰: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: El apoderado actor se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que para el caso presente no hay prescripción, pues la demandada fue interpuesta dentro del término.

⁷ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

⁸ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] **c)** Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

⁹ Folio 19 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTE%2F2019%2D00271%20NRD%20ALBA%20YANETH%20TOVAR%2F01CuadernoPrincipal1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00271%20NRD%20ALBA%20YANETH%20TOVAR&originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hhcmVwb2ludC5ib20vOmI6L2cvcGVyc29uYWwvYWRTMDVuZWlY2VuZG9qX3JhbWVqdWRpY2JhbF9nb3ZfY28vRVIRRHVReHltTEZNaG0yQjJJSTJfYXdCeTM5UjFSRFRITZEl1tcDJ4V2o5Sm4xdz9vdGltZT1aTm9nTHhPOjJFZW

¹⁰ Folio 63 del Cuaderno Principal No. 1 (Digitalizado) -escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001- 23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.3. De la Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria -Ausencia de legitimación en la Causa por pasiva¹¹: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

¹¹ Folio 60 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, se opuso a la prosperidad de la excepción argumentando que la entidad encargada de reconocer y pagar las cesantías es la demandada, tal como lo ha señalado en sus pronunciamientos el Consejo de Estado.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹² :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*
- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

¹² Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹³, y la sanción moratoria que en este caso se discute se causó en el 2018¹⁴, es decir, previo a la entrada en vigencia de aquella norma, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada *de la Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria* -

¹³ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁴ Libelo introductorio.

Ausencia de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.2.4. Petición Especial -Vinculación del Ente territorial que emitió el acto administrativo¹⁵.

Decisión de la petición: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado¹⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de

¹⁵ Folio 65 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

¹⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la petición especial no tiene vocación de prosperidad, razón por la cual se deniega.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

¹⁷ Folio 3 al 16 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 17 al 35 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS¹⁹, mediante Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, modificada por la Escritura Pública No. 0480 del 3 de mayo de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Así mismo, de la sustitución de poder allegada por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²⁰ conferida a la abogada IBER ESPERANZA ALVARADO GONZÁLEZ, para que actúe en representación de los intereses de la entidad demandada, el Juzgado conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso procede a reconocer personería adjetiva al profesional del derecho, para que actúe como apoderada sustituta del FOMAG.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas "***CADUCIDAD***" y "***DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA -AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA***" formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada "***PRESCRIPCIÓN***", formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para

¹⁹ Folios 67 a 85 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

²⁰ Folio 66 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: NEGAR la petición especial de vinculación del ente territorial solicitada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SÉPTIMO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

OCTAVO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, modificada por la Escritura Pública No. 0480 del 3 de mayo de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

NOVENO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **IBER ESPERANZA ALVARADO GONZÁLEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.049.641.483 de Tunja (B) y T.P. No. 305.017 del C.S.J., como apoderada sustituta de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

DÉCIMO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6d9321322654b0d04a7b28e775d910ba6d104a6939e4c038ca88965189635f63**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:32 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: ALBA YANETH TOVAR
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00271-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez**. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Negrilla fuera de texto).”

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "**CADUCIDAD**"; "**PRESCRIPCIÓN**"

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

y "DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA -AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"⁴.

2.2.1 Caducidad⁵: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, argumentó que la excepción no está llamada a prosperar, por no operar el fenómeno de la caducidad para el presente asunto.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁶

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 60 del Cuaderno Principal No. 1 Expediente Digitalizado -escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁷

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA⁸ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 19 de octubre de 2018 2018PQR29192⁹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 8 del libelo introductor.

2.2.2. Prescripción¹⁰: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: El apoderado actor se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que para el caso presente no hay prescripción, pues la demandada fue interpuesta dentro del término.

⁷ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

⁸ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] **c)** Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

⁹ Folio 20 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTE%2F2019%2D00271%20NRD%20ALBA%20YANETH%20TOVAR%2F01CuadernoPrincipal1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00271%20NRD%20ALBA%20YANETH%20TOVAR&originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hhcmVwb2ludC5ib20vOmI6L2cvcGVyc29uYWwvYWRTMDVuZWlY2VuZG9qX3JhbWVqdWRpY2JhbF9nb3ZfY28vRVIRRHVReHltTEZNaG0yQjJSTjFyXhdCeTM5UjSRFRtZE1tcDJ4V2o5Sm4xdz9ydGltZT1aTm9nTHhPOjJFZW

¹⁰ Folio 60 del Cuaderno Principal No. 1 (Digitalizado) -escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001- 23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.3. De la Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria -Ausencia de legitimación en la Causa por pasiva¹¹: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

¹¹ Folio 57 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, se opuso a la prosperidad de la excepción argumentando que la entidad encargada de reconocer y pagar las cesantías es la demandada, tal como lo ha señalado en sus pronunciamientos el Consejo de Estado.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹² :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*
- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

¹² Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹³, y la sanción moratoria que en este caso se discute se causó en el 2018¹⁴, es decir, previo a la entrada en vigencia de aquella norma, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada de la Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria -

¹³ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁴ Libelo introductorio.

Ausencia de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.2.4. Petición Especial -Vinculación del Ente territorial que emitió el acto administrativo.

Decisión de la petición: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado¹⁵ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar

¹⁵ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la petición especial no tiene vocación de prosperidad, razón por la cual se deniega.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁶, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁷ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

¹⁶ Folio 3 al 16 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁷ Folio 17 al 32 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS¹⁸, mediante Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, modificada por la Escritura Pública No. 0480 del 3 de mayo de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Así mismo, de la sustitución de poder allegada por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS¹⁹ conferida a la abogada IBER ESPERANZA ALVARADO GONZÁLEZ, para que actúe en representación de los intereses de la entidad demandada, el Juzgado conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso procede a reconocer personería adjetiva al profesional del derecho, para que actúe como apoderada sustituta del FOMAG.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas ***"CADUCIDAD" y "DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA -AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*** formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"PRESCRIPCIÓN"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

¹⁸ Folios 64 a 82 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

¹⁹ Folio 63 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

CUARTO: NEGAR la petición especial de vinculación del ente territorial solicitada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SÉPTIMO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

OCTAVO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, modificada por la Escritura Pública No. 0480 del 3 de mayo de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

NOVENO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **IBER ESPERANZA ALVARADO GONZÁLEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.049.641.483 de Tunja (B) y T.P. No. 305.017 del C.S.J., como apoderada sustituta de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

DÉCIMO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto

en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0abb0aa4cfd1fe8496cc526e348fda020437583b1e131609a26b609aad1d3d4f**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:35 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: MARTHA CECILIA BUYUCUE CAVIEDES
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00282-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

(3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. *Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

*La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez.** subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.”*
(Negrilla fuera de texto).”

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*LITISCONSORCIO NECESARIO*

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

POR PASIVA"; "CADUCIDAD"; "PRESCRIPCIÓN"; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"⁴.

2.2.1 Litisconsorcio Necesario por Pasiva⁵: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario señalando que debe vincularse a la Secretaría de Educación Territorial, en tanto que fue la entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, argumentando que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no solo ha sido decantada por la jurisprudencia, sino por el contenido normativo que determina la competencia del ente demandado. Resalta que la función de las Secretarías de Educación de cada ente territorial únicamente consiste en suscribir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, pero lo hace a nombre y en representación del FOMAG.

Decisión de la excepción: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 9 a 10 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la exceptiva propuesta no resulta prospera.

2.2.2. Caducidad⁷: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

⁷ Folio 11 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁸

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁹

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA¹⁰ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

¹⁰ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 22 de junio de 2018 con radicado 2018PQR17232¹¹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 7 del libelo introductor.

2.2.3. Prescripción¹²: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: La apoderada actora se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que no se encuentra llamada a prosperar toda vez que la reclamación administrativa formulada al demandado se encuentra radicada dentro de los 3 años siguientes de efectuado el pago de las cesantías, es decir, el derecho laboral ha sido reclamado oportunamente.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001- 23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

¹¹ Folio 26 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00282%20NRD%20MARTHA%20CECILIA%20BUYUCUE%20CAVIEDES%2F01CuadernoPrincipal1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20JUZGADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00282%20NRD%20MARTHA%20CECILIA%20BUYUCUE%20CAVIEDES&originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hhcmVwb2ludC5jb20vOmI6L2cvcGVvc29uYWwvYWVtMDVuc2VwZG9qX3JhbWVqdWRpY2lhbF9nb3Zlcy28vRVRaTVMwS3J5V1JDb08yNlAtaUpaazBCUzOtcjIa214MIJxdIFQcmkyR0xZz9ydGltZT02NVQxNlEtOjJFZW

¹² Folios 11 y 12 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

2.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva¹³: Pregonar la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1555 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹⁴ :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el*

¹³ Folios 12 y 13 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*
- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹⁵, y la sanción moratoria que en este caso se discute si bien se causó en el 2018¹⁶, fue previo a la entrada en vigencia de aquella norma, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada ausencia de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Ahora bien, existen dos solicitudes probatorias en el escrito de contestación de la demanda elevadas por el FOMAG, en los siguientes términos: *"Certificación por parte*

¹⁵ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁶ Libelo introductorio.

¹⁷ Folio 3 al 15 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 16 al 33 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

*de la entidad ante la cual se puso se interpuso Derecho de Petición, la fecha en la cual se reclamó el pago de la sanción moratoria a fin de determinar y cotejar si lo traigo como anexo por la parte demandante goza de plena validez y determinar si existe o no Prescripción. Así como también si el mismo fue contestado a fin de desvirtuar un acto ficto*¹⁹

Sea de advertir, que de conformidad con el numeral 10º del artículo 78 y el artículo 173 de la ley 1564 de 2012 las partes tienen el deber de abstenerse de solicitarle al juez, y este de no ordenar, la práctica de pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere la parte ha podido obtener. Además, el demandado tiene la obligación de aportar con la contestación el expediente administrativo sobre los antecedentes de la actuación objeto del proceso conforme el artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Lo implica desde luego, que, de no reposar dichos antecedentes en sus archivos, debía realizar las gestiones necesarias para su obtención ante el ente territorial. En consecuencia, tal solicitud probatoria se denegará.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²⁰, mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74

¹⁹ Folio 17 del escrito de contestación del FOMAG.

²⁰ Folios 14 a 20 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Si bien reposa en el expediente copia de la escritura pública del apoderado general de la entidad demandada, no obra poder de sustitución otorgado por el doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS a la abogada LAURA MILENA CORREA GARCÍA. No obstante, en aras de darle prioridad al derecho sustancial sobre el formal, y a fin de no obstaculizar el normal trámite del presente asunto, se resolvió lo que correspondía, sin perjuicio de requerir al apoderado de la parte demandada para que allegue el poder de sustitución, acreditando que le fue conferido por el apoderado general de la Entidad demandada para actuar dentro del presente asunto.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas "***LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA***" "***CADUCIDAD***" y "***FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA***", formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada "***PRESCRIPCIÓN***", formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y niéguese el decreto de las demás solicitadas por la demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SÉPTIMO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

OCTAVO: REQUERIR a la abogada **LAURA MILENA CORREA GARCÍA**, para que allegue el poder de sustitución que le fue conferido por el apoderado general de la entidad demandada para actuar dentro del presente asunto, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

NOVENO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d384ae1cdcbceb05d1e8826a12b3c48a24cb29060a3535fef9a81e8793b67fd7**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:37 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: OLIMPO MELÉNDEZ PUENTES
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00283-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez**. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Negrilla fuera de texto).”

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*LITISCONSORCIO NECESARIO*

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

POR PASIVA"; "CADUCIDAD"; "PRESCRIPCIÓN"; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"⁴.

2.2.1 Litisconsorcio Necesario por Pasiva⁵: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario señalando que debe vincularse a la Secretaría de Educación Territorial, en tanto que fue la entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, argumentando que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no solo ha sido decantada por la jurisprudencia, sino por el contenido normativo que determina la competencia del ente demandado. Resalta que la función de las Secretarías de Educación de cada ente territorial únicamente consiste en suscribir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, pero lo hace a nombre y en representación del FOMAG.

Decisión de la excepción: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 10 a 12 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la exceptiva propuesta no resulta prospera.

2.2.2. Caducidad⁷: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

⁷ Folio 12 y 13 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁸

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁹

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA¹⁰ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

¹⁰ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] **c)** Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 3 de agosto de 2018 con radicado 2018PQR21742¹¹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 8 del libelo introductor.

2.2.3. Prescripción¹²: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: La apoderada actora se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que no se encuentra llamada a prosperar toda vez que la reclamación administrativa formulada al demandado se encuentra radicada dentro de los 3 años siguientes de efectuado el pago de las cesantías, es decir, el derecho laboral ha sido reclamado oportunamente.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001- 23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva¹³: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria

¹¹ Folio 17 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (físico y electrónico).

¹² Folio 13 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

¹³ Folio 14 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹⁴ :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de*

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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.” No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹⁵, y la sanción moratoria que en este caso se discute presuntamente se causó en el 2018¹⁶, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada ausencia de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Ahora bien, existen dos solicitudes probatorias en el escrito de contestación de la demanda elevadas por el FOMAG, en los siguientes términos: *“Certificación por parte de la entidad ante la cual se puso se interpuso Derecho de Petición, la fecha en la cual se reclamó el pago de la sanción moratoria a fin de determinar y cotejar si lo traigo como anexo por la parte demandante goza de plena validez y determinar si existe o no Prescripción. Así como también si el mismo fue contestado a fin de desvirtuar un acto ficto*”¹⁹

¹⁵ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁶ Libelo introductorio.

¹⁷ Folio 1 al 14 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 15 al 31 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁹ Folio 18 del escrito de contestación del FOMAG.

Sea de advertir, que de conformidad con el numeral 10º del artículo 78 y el artículo 173 de la ley 1564 de 2012 las partes tienen el deber de abstenerse de solicitarle al juez, y este de no ordenar, la práctica de pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere la parte ha podido obtener. Además, el demandado tiene la obligación de aportar con la contestación el expediente administrativo sobre los antecedentes de la actuación objeto del proceso conforme el artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Lo implica desde luego, que, de no reposar dichos antecedentes en sus archivos, debía realizar las gestiones necesarias para su obtención ante el ente territorial. En consecuencia, tal solicitud probatoria se denegará.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²⁰, mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Así mismo, de la sustitución de poder allegada por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²¹ conferida a la abogada LAURA MILENA CORREA GARCÍA, para que actúe en representación de los intereses de la entidad demandada, el Juzgado

²⁰ Folios 19 a 25 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

²¹ Folio 16 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso procede a reconocer personería adjetiva al profesional del derecho, para que actúe como apoderada sustituta del FOMAG.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas ***"LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA" "CADUCIDAD" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"***, formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"PRESCRIPCIÓN"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y niéguese el decreto de las demás solicitadas por la demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos.

SÉPTIMO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

OCTAVO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **LAURA MILENA CORREA GARCÍA**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.049.623.679 de Tunja (B) y T.P. No. 260.239 del C.S.J., como apoderada sustituta de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

NOVENO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9bfe19bb40016ebcc4a04e1b1bef18f6b4a9332ae23f66ea1312771abd8fa180**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:41 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: MERY MEDINA VIDAL
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00296-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo

No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.*

***Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso.** Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

*La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez.** subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable." (Negrilla fuera de texto).*

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*CADUCIDAD*"; "*PRESCRIPCIÓN*" y "*DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA -AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*"⁴.

2.2.1 Caducidad⁵: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, argumentó que la excepción no está llamada a prosperar, motivo por el cual solicita la

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 68 del Cuaderno Principal No. 1 Expediente Digitalizado -escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

declaratoria de no probada, pues para el caso del presente medio de control, el fenómeno de la caducidad no se configura, al tratarse de un acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo de la entidad para dar respuesta a la reclamación elevada por la actora, demanda que según el artículo 164 del CPACA, puede ser presentada en cualquier tiempo.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁶

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista

⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁷

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA⁸ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 9 de octubre de 2017⁹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 3.5 del libelo introductor.

2.2.2. Prescripción¹⁰: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo

⁷ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

⁸ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] **c)** Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

⁹ Folio 25 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/adm05nei_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?originalPath=aHR0cHM6Ly9ldGJjc2otbXkuc2hhcmVwb2ludC5jb20vOmY6L2cvccGVyc29uYWwvYWRTMDVuc2VwZG9qX3JhbWVqdWRpY2lhbF9nb3Zlcy28vRXNRMIN0M3h3LUphbmxjVFdqR1k0ak1CS1U1OGtyZkhlLVhHKS2NOWTZGVzFKUT9ydGlzT00VJVJSFc2OTJFZW&id=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20IUGZADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00296%20NRD%20MARY%20MEDINA%20VIDAL%2F01CuadernoPrincipal1%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fadm05nei%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FCOMPARTIDO%20IUGZADO%20QUINTO%20ADMINISTRATIVO%2F01%2E%20EXPEDIENTES%2F2019%2D00296%20NRD%20MARY%20MEDINA%20VIDAL

¹⁰ Folio 69 del Cuaderno Principal No. 1 (Digitalizado) -escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: El apoderado actor se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que no se encuentra llamada a prosperar toda vez que la reclamación administrativa, interrumpió aquel fenómeno.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001-23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.3. De la Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria -Ausencia de legitimación en la Causa por pasiva¹¹:

Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las

¹¹ Folio 57 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: El apoderado de la parte demandante, se opuso a la prosperidad de la excepción argumentando que de acuerdo a la jurisprudencia que ha citado el Tribunal Administrativo del Huila, el llamado a responder por mandato legal es la aquí demandada, a través de la Fiduprevisora, pues el simple trámite de reconocimiento de la prestación social que realiza la entidad territorial lo hace en representación del Min. de Educación y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹² :

¹² Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*
- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida al accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan

tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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."* No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹³, y la sanción moratoria que en este caso se discute se causó en el 2017¹⁴, es decir, previo a la entrada en vigencia de aquella norma, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción

¹³ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁴ Libelo introductorio.

moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada *de la Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria -Ausencia de legitimación en la causa por pasiva*, propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.2.4. Petición Especial -Vinculación del Ente territorial que emitió el acto administrativo.

Decisión de la petición: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado¹⁵ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la petición especial no tiene vocación de prosperidad, razón por la cual se deniega.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el

¹⁵ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁶, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁷ de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020 de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS¹⁸, mediante Escritura Pública No. 522

¹⁶ Folio 3 al 16 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁷ Folio 17 al 41 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folios 86 a 92 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

del 28 de marzo de 2019, modificada por la Escritura Pública No. 0480 del 3 de mayo de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Así mismo, de la sustitución de poder allegada por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS¹⁹ conferida a la abogada IBER ESPERANZA ALVARADO GONZÁLEZ, para que actúe en representación de los intereses de la entidad demandada, el Juzgado conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso procede a reconocer personería adjetiva al profesional del derecho, para que actúe como apoderada sustituta del FOMAG.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas ***"CADUCIDAD" y "DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA -AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*** formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada ***"PRESCRIPCIÓN"***, formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de

¹⁹ Folio 72 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: NEGAR la petición especial de vinculación del ente territorial solicitada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SÉPTIMO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

OCTAVO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, modificada por la Escritura Pública No. 0480 del 3 de mayo de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

NOVENO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **IBER ESPERANZA ALVARADO GONZÁLEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.049.641.483 de Tunja (B) y T.P. No. 305.017 del C.S.J., como apoderada sustituta de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

DÉCIMO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **09d773823f5e4bcf54e9ec599cfcc80172d19006c40a21be057840bbbee97daf**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:43 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: SANDRA TOBAR OSSA
DEMANDADO	: NACIÓN -MIN. DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	: 41001-33-33-005-2019-00307-00

I.-ASUNTO

En aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley No. 806 de 2020, procede el Despacho a resolver las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG).

II.-CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta que se encuentra vencido el termino de traslado de la demanda, correspondería al despacho fijar fecha para la realización de la audiencia inicial, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa, entre otros, y en su artículo 12, reguló el tema de la resolución de las excepciones previas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así:

*"Artículo 12. **Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo*

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. *Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

*La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en **primera instancia por el juez.** subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Negrilla fuera de texto).“*

El artículo 101 del Código General del Proceso dispone que del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante, sin auto que lo ordene (art. 110 ídem), trámite que ya se surtió en el presente proceso² y señala que las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas deben ser decididas antes de la audiencia inicial; por tanto, como en el presente litigio, se encuentra pendiente la resolución de las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, y que para resolverlas, no se requiere la práctica de pruebas, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el artículo 101 del Código General del Proceso.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado Decreto 806 de 2020, que dispuso su vigencia por dos años, y que rige a partir de su publicación (4 de junio de 2020), y conforme a lo establecido por la Ley 153 de 1887³.

2.2. Síntesis de las excepciones previas planteadas y su estudio.

La entidad demandada, Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló en el escrito de contestación de la demanda, las excepciones previas denominadas "*LITISCONSORCIO NECESARIO*

² Constancias secretariales vistas en el Expediente Híbrido (digitalizado y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

³ Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

*POR PASIVA"; "CADUCIDAD"; "PRESCRIPCIÓN"; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*⁴.

2.2.1 Litisconsorcio Necesario por Pasiva⁵: La apoderada sustituta del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario señalando que debe vincularse a la Secretaría de Educación Territorial, en tanto que fue la entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, argumentando que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no solo ha sido decantada por la jurisprudencia, sino por el contenido normativo que determina la competencia del ente demandado. Resalta que la función de las Secretarías de Educación de cada ente territorial únicamente consiste en suscribir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, pero lo hace a nombre y en representación del FOMAG.

Decisión de la excepción: Pues bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fijando el manejo de los recursos que lo integran mediante un contrato de fiducia mercantil (art. 3º), así mismo que las prestaciones sociales pagadas por el Fondo son reconocidas a través del Ministerio de Educación Nacional (art. 9º).

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reguló lo correspondiente al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fijando en el artículo 4º y 5º los requisitos y el trámite a surtir para tal propósito.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, debiendo ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

⁴ Escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

⁵ Folio 12 a 14 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

Conforme a lo cual si bien al proferirse los actos administrativos que disponen el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interviene la Secretaría de Educación del ente territorial en el que presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional; ello de manera alguna despoja al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar tales prestaciones económicas, y por ende, la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

El Consejo de Estado⁶ así lo ha dilucidó en un asunto similar al que convoca la atención del Despacho:

"... se concluye entonces, que al encontrarse en cabeza del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaría de educación del ente territorial".

En suma, al no tener injerencia esa Secretaría de Educación en el reconocimiento y pago de lo pretendido, ni tener algún tipo de responsabilidad en el posible restablecimiento del derecho que se pueda ordenar, la exceptiva propuesta no resulta prospera.

2.2.2. Caducidad⁷: La apoderada del FOMAG en la contestación de la demanda propuso la caducidad, señalando que si bien no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el caso sub examine, es incierta la afirmación y pretensión del extremo actor, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebranta el andar jurídico del acto ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de los términos de los 4 meses para interponer el medio de control.

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: El fenómeno de caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la no presentación de las acciones judiciales en el plazo que la ley establece para ello. Además, es un

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, auto del 18 de noviembre de 2016, expediente No. 2014-00143 C.P SANDRA LISSETH IBARRA VELEZ.

⁷ Folio 15 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a terminar con la inseguridad que representa para la Administración la eventual anulación de sus actos en cualquier tiempo; esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo, se perderá la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁸

El artículo 138, en concordancia con el literal «d» del artículo 164 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que:

«Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales».

La expresión «según el caso» implica que cada clase de acto administrativo debe contener un plazo de caducidad aplicable, así por ejemplo, si se demanda un acto que concluye una actuación administrativa debe demandarse a partir del día siguiente de su notificación; cuando se trata de actos demandables que sólo requieren su ejecución, a partir de este último momento; de actos que requieran ser publicados, desde ese hecho; y, a partir de la comunicación cuando no exista otro medio más idóneo que garantice el conocimiento de la decisión. Estos plazos comienzan a correr desde el día siguiente.⁹

Al respecto, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*"En suma, la persona que considere que se la ha vulnerado su derecho sustancial mediante un acto administrativo definitivo, tendrá cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación, según el caso, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, se deberá tener en cuenta, de un lado, que cuando las pretensiones versen sobre prestaciones periódicas, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.º literal c del artículo 164 del CPACA¹⁰ y, de otro, **que los actos fictos fruto del silencio administrativo, también podrán demandarse en cualquier tiempo.**"*

Bajo ese contexto, el Despacho observa que en el presente asunto lo que pretende la parte actora, es la declaratoria de nulidad de un acto ficto, frente al cual no es predicable el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie". Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, precisó: «1.3. Sumado a lo anterior, por cuanto la fijación de las diversas modalidades de comunicación, hacen parte de la libertad de configuración del Legislador y los mecanismos para concretar la comunicación previstos en la norma, como lo son el correo o el correo electrónico, - cuando no haya otro medio más eficaz - la divulgación en medio masivo de comunicación nacional o local o la utilización de cualquier otro medio eficaz, satisfacen la obligación de poner en conocimiento de los terceros interesados, la existencia de la actuación administrativa, permitiéndoles ejercer el derecho a la defensa».

¹⁰ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: [...] **c)** Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]

De la revisión efectuada a la demanda y sus anexos, se evidencia petición dirigida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada el 26 de junio de 2018 con radicado 2018PQR17523¹¹, de la que no obtuvo respuesta según lo indicado en el hecho 7 del libelo introductor.

2.2.3. Prescripción¹²: Refiere que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la parte actora, propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.

Traslado de la excepción: La apoderada actora se opuso a la prosperidad de la excepción previa planteada, indicando que no se encuentra llamada a prosperar toda vez que la reclamación administrativa formulada al demandado se encuentra radicada dentro de los 3 años siguientes de efectuado el pago de las cesantías, es decir, el derecho laboral ha sido reclamado oportunamente.

Decisión de la excepción: Respecto de la excepción de prescripción extintiva propuesta por la entidad demandada, este Despacho recuerda que, tratándose de la prescripción de derechos laborales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 9 de abril de 2014, Rad. No. 27001- 23-33-000-2013-00347-01(0539-14), consideró que cuando del texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, dicha excepción no puede resolverse en la audiencia inicial, primero porque la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas, y segundo porque en dicha etapa al no haberse anunciado las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, no podrían emitirse juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción.

De modo, que tal como ha sido propuesta por la parte demandada, la excepción de prescripción extintiva, se resolverá con la sentencia que decida el fondo del asunto, como quiera que no ataca la acción sino las pretensiones de la parte demandante, siendo necesario determinar si la parte actora tiene derecho a lo pretendido, para luego pronunciarse sobre la prescripción extintiva.

2.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva¹³: Pregona la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG, al considerar que corresponde al

¹¹ Folio 26 del Cuaderno Principal No. 1 visible en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹² Folio 15 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

¹³ Folio 17 del escrito de contestación de la demanda allegado por el FOMAG.

ente territorial responder por los pagos que corresponde a la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente, pues el incumplimiento de las obligaciones de pago se dio en consecuencia del incumplimiento de los términos del ente territorial en expedir el acto administrativo que reconoce y liquida las cesantías.

Postura que adquiere mayor firmeza, según lo narrado, con lo dispuesto por el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, norma que consagra que *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.*

Traslado de la excepción: La apoderada de la parte demandante, no realizó pronunciamiento frente a la exceptiva.

Decisión de la excepción: En este punto es menester precisar que en los asuntos donde la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha concluido que la entidad legitimada materialmente en la causa es el FOMAG, en razón a las funciones que le han sido asignadas para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente¹⁴ :

"¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- *Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de*

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 1520-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual **en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.***

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.” (Resaltado del Despacho).

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva reconocida a la accionante, el Despacho concluye que no es necesario citar a la entidad territorial a la cual se encontraba adscrita el docente, pues si bien, en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, participan tanto la entidad territorial como la fiduciaria que lo administra, éstos intervienen como intermediarios. Por consiguiente, forzoso es deducir que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación respectiva, es el competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del sector docente, y, por tanto, para expedir el acto administrativo correspondiente, así como de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, por el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial deba colaborar con la elaboración del acto administrativo, realizando su proyecto y la suscripción del mismo, no puede aducirse que en ella está radicada la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas por los docentes oficiales, ni mucho menos que actúa en representación de la entidad territorial, pues, acorde con lo explicado y la jurisprudencia transcrita, dicha dependencia obra a nombre y en representación del FOMAG.

Ahora bien, el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, consagró en su parágrafo que *"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." No obstante, el Despacho considera que en los autos no hay lugar a aplicar dicho precepto, porque la norma entró en vigencia el 25 de mayo de 2019¹⁵, y la sanción moratoria que en este caso se discute presuntamente se causó en el 2018¹⁶, por lo que resultan aplicables los lineamientos jurisprudenciales que establecen que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del personal docente compete al FOMAG, al igual que el reconocimiento de las prestaciones otorgadas al mismo personal.

En virtud de lo expuesto, esta Operadora Judicial deniega la excepción denominada ausencia de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3. Sentencia Anticipada.

Encuentra el Despacho que, en el presente caso, se reúnen los requisitos para proferir sentencia por escrito de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020. Por un lado, en el presente caso no se ha surtido la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. De otra parte, se solicita en la demanda se declare la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías de que tratan los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Fuera de ello, no resulta necesaria la práctica de pruebas al ser suficientes para decidir el fondo del asunto las obrantes en el plenario, sin que, en la demanda, se hiciera solicitud de practica de pruebas¹⁷, por lo que se otorgará valor probatorio a los documentos aportados **con la demanda**¹⁸, de conformidad con el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Ahora bien, existen dos solicitudes probatorias en el escrito de contestación de la demanda elevadas por el FOMAG, en los siguientes términos: *"Certificación por parte de la entidad ante la cual se puso se interpuso Derecho de Petición, la fecha en la cual se reclamó el pago de la sanción moratoria a fin de determinar y cotejar si lo traigo como anexo por la parte demandante goza de plena validez y determinar si existe o no Prescripción. Así como también si el mismo fue contestado a fin de desvirtuar un acto ficto"*¹⁹

¹⁵ Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

¹⁶ Libelo introductorio.

¹⁷ Folio 1 al 12 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁸ Folio 16 al 31 del Cuaderno Principal No. 1 visto en el Expediente Híbrido (físico y electrónico) ubicado en el OneDrive del Juzgado.

¹⁹ Folio 18 del escrito de contestación del FOMAG.

Sea de advertir, que de conformidad con el numeral 10º del artículo 78 y el artículo 173 de la ley 1564 de 2012 las partes tienen el deber de abstenerse de solicitarle al juez, y este de no ordenar, la práctica de pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere la parte ha podido obtener. Además, el demandado tiene la obligación de aportar con la contestación el expediente administrativo sobre los antecedentes de la actuación objeto del proceso conforme el artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Lo implica desde luego, que, de no reposar dichos antecedentes en sus archivos, debía realizar las gestiones necesarias para su obtención ante el ente territorial. En consecuencia, tal solicitud probatoria se denegará.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, se cierra la etapa probatoria, igualmente, se abstendrá el Despacho de realizar programación de la audiencia inicial, y en su lugar, dispondrá la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, misma oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene. No obstante, se advertirá a las partes que, una vez concluido el anterior término, el expediente ingresará al Despacho y deberá esperar el turno para dictar sentencia.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de enviar en forma simultánea un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones a la dirección electrónica de este Juzgado adm05nei@cendoj.ramajudicial.gov.co y a los demás sujetos procesales.

2.3. Poder

Por otra parte, de acuerdo al poder conferido por la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²⁰, mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, el Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Código General del Proceso, dispone reconocer personería adjetiva al profesional del derecho para actuar en representación de los intereses de la entidad demandada.

Así mismo, de la sustitución de poder allegada por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS²¹ conferida a la abogada LAURA MILENA CORREA GARCÍA, para

²⁰ Folios 23 a 29 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

²¹ Folio 19 del Escrito de Contestación de la demandada allegado por el FOMAG.

que actúe en representación de los intereses de la entidad demandada, el Juzgado conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso procede a reconocer personería adjetiva al profesional del derecho, para que actúe como apoderada sustituta del FOMAG.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO: APLICAR el trámite previsto en el inciso 2º del artículo 12, y artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas "***LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA***" "***CADUCIDAD***" y "***FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA***", formuladas por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: DIFERIR la resolución de la excepción previa denominada "***PRESCRIPCIÓN***", formulada por la demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ser abordado el tema en la sentencia, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

CUARTO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y niéguese el decreto de las demás solicitadas por la demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

QUINTO: ORDENAR correr traslado a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, término dentro del cual, el Ministerio Público podrá presentar su concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte el deber de dar cumplimiento a la ley 1564 de 2012 artículo 78 numeral 14 en consonancia con el artículo 3º del Decreto 806 de 2020, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

SEXTO: VENCIDO el término concedido para alegar, ingrese el expediente al Despacho para proferir sentencia, de acuerdo a los turnos establecidos

SÉPTIMO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391 de Bogotá D.C. y T.P. No. 250.292 del C.S.J., como apoderado de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas mediante Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído.

OCTAVO: RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **LAURA MILENA CORREA GARCÍA**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.049.623.679 de Tunja (B) y T.P. No. 260.239 del C.S.J., como apoderada sustituta de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las facultades conferidas en el poder allegado, de conformidad a las razones previstas en las consideraciones del presente proveído

NOVENO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados judiciales de los sujetos procesales, a los correos electrónicos suministrados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

CARMEN EMILIA MONTIEL ORTIZ
JUEZ

JUEZ - JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ac68535a556159fe2cfa717b655e15db308ed7441b1dbed90487e82da57faf4e**

Documento generado en 05/11/2020 03:38:46 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>