

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
DESPACHO TRES DE ORALIDAD

Magistrado FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

### **REFERENCIAS**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARÍA CONSUELO OLMOS DE BAUTISTA  
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN  
NACIONAL - FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
RADICACIÓN: 15001 33 33 006 2018 00118 01  
**ASUNTO: AUTO INTERLOCUTORIO – EXCEPCIÓN DE  
VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE**

El Magistrado Sustanciador resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Tunja en audiencia inicial del 23 de julio de 2019, mediante el cual se resolvió sobre las excepciones previas propuestas por la demandada.

## **I. ANTECEDENTES**

### **I.1. De la demanda** (fl. 2-7).

María Consuelo Olmos de Bautista interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Solicitó se declare la nulidad del acto ficto originado por la no respuesta de la petición del 03 de agosto de 2016, y como consecuencia de ello, se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

## **I.2. Providencia recurrida (Min. 11:21).**

Mediante auto proferido en audiencia inicial del 23 de julio de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo de Tunja se pronunció frente a la excepción de vinculación de litisconsorte -a través de la cual se pretendía la vinculación del Departamento de Boyacá y de la Fiduciaria La Previsora S.A.- resolviendo: "*(...) se colige que la excepción invocada no tiene vocación de prosperidad.*"

Precisó que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley 91 de 1989, 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 del mismo año, el reconocimiento de la prestación solicitada es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional. En los entes territoriales se delegó la función de elaborar los proyectos de acto administrativo, que deben contar con la aprobación de la entidad fiduciaria que se encarga del pago.

Concluyó entonces que los entes territoriales actúan en representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego carecen de autonomía para resolver sobre el reconocimiento y pago de la prestación.

## **I.3. Recurso de apelación (Min. 20:58 / 25:38).**

Inconforme con la determinación del *A quo*, la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FNPSM, interpuso recurso de apelación contra la decisión de negar la excepción previa de vinculación del litisconsorcio, solamente respecto del Departamento de Boyacá.

Afirmó que las entidades territoriales cuentan con un término para dar respuesta a las solicitudes de reconocimiento y pago de las cesantías. La inobservancia de dicho término afecta los intereses del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Advirtió que en el presente caso se sobrepasó el mencionado término, en consecuencia, solicitó dar aplicación al parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que refiere a la responsabilidad de las secretarías de educación ante el eventual pago de la sanción moratoria.

## **I.4. Pronunciamiento del Ministerio Público.**

Solicitó confirmar la decisión del *A quo*. Refirió que no existe

discusión frente al hecho de que es la Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien está llamado a reconocer y pagar la sanción moratoria. El Ente central se apoya en las secretarías de educación, tanto así que el acto administrativo de reconocimiento lo expiden en nombre y representación del Fondo, como ocurrió en el caso concreto.

Consideró que no es posible aplicar retrospectiva o retroactivamente la Ley 1955 de 2019, toda vez que las previsiones allí contenidas operan a futuro. De ahí que, para el caso concreto, la norma aplicable sea la Ley 962 de 2005. Concluyó que no es procedente la vinculación del Departamento de Boyacá.

## **II. CONSIDERACIONES**

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, el Despacho abordará, en su orden, *i*). Lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico, y *ii*). El estudio y la solución del caso en concreto.

### **II.1.- Lo debatido en segunda instancia y problema jurídico.**

#### *1.1. Tesis de la providencia apelada.*

Consideró el *A quo* que no es procedente la vinculación del Departamento de Boyacá como litisconsorte, toda vez que a la luz de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley 91 de 1989, 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 del mismo año, quien tiene autonomía para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías, es la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Es cierto que los entes territoriales expiden el acto administrativo correspondiente, sin embargo, lo hacen en nombre y representación del ente central, por lo tanto, es a éste a quien corresponde la defensa de la legalidad de los reconocimientos.

#### *1.2. Tesis de la recurrente.*

A su juicio, es procedente la vinculación del Departamento de Boyacá en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, dispone que las entidades territoriales son responsables del pago de la sanción

moratoria, cuando éstas exceden los términos establecidos para dar respuesta a las solicitudes de cesantías, tal como ocurrió en el presente caso.

### 1.3. Planteamiento del problema jurídico y tesis del Despacho.

Atendiendo al fundamento jurídico de la decisión recurrida y las razones de inconformidad planteadas por la apelante, corresponderá determinar si es procedente la vinculación del Departamento de Boyacá como litisconsorte necesario, por ser quien expidió el acto administrativo de reconocimiento de la prestación económica, y en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al respecto, el Despacho dirá que no hay lugar a la vinculación del Departamento de Boyacá en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que quien tiene autonomía para resolver sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo la participación de las entidades territoriales, de mero trámite, donde no se plasma la voluntad del ente territorial.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho se referirá a los siguientes temas: *i)* del litisconsorcio necesario, *ii)* del procedimiento para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías al personal docente, *iii)* de la aplicación de la Ley 1955 de 2019 en el tiempo y, finalmente, *iv)* la solución del caso concreto.

## **II.2.- Estudio y solución del caso concreto.**

### 2.1. Del litisconsorcio necesario

El litisconsorcio necesario es una institución procesal cuyo propósito es vincular a un proceso o litigio un número plural de personas –ya sea como parte pasiva o activa- conectados por una única “*relación jurídico-sustancial*”, a fin de proferir una decisión uniforme para todos los que integran dicha relación. Ello hace indispensable y obligatoria su comparecencia.

El artículo 61 del Código General del Proceso se refiere a dicha institución en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o

actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, ***haya de resolverse de manera uniforme*** y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. (...)"

Jurisprudencialmente se ha dicho que la necesidad de vincular a determinada persona –sea natural o jurídica- a un proceso, surge de la imposibilidad de resolver la cuestión litigiosa sin su comparecencia al extenderse a ella de manera uniforme los efectos sustanciales del eventual fallo. Así, en una providencia recientemente citada<sup>1</sup>, el Consejo de Estado señaló:

"En el evento de que el juez pudiese dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, que habría podido ser parte en el mismo proceso o en otro distinto con fundamento en los mismos hechos, no se estaría en presencia de un litisconsorcio necesario y por tanto, no se impondría la citación forzosa. ***La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal***, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado. De acuerdo con lo anterior, el elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial materia del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate".<sup>2</sup>

Por su parte, la doctrina nacional se ha referido al litisconsorcio necesario en los siguientes términos:

"Existen múltiples casos en los que varias personas deben obligatoriamente comparecer dentro de un proceso, ora en calidad de demandantes, bien como demandados, por ser requisito para proferir sentencia, dada la unidad inescindible con la relación de

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 16 de octubre de 2020. Radicado No. 53025.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del siete (7) de junio de dos mil doce (2012). Radicado n.º 21898.

derecho sustancial en debate que ***impone una decisión de idéntico alcance*** respecto de todos los integrantes; (...).<sup>3</sup>

Se tiene entonces que la figura del litisconsorcio necesario no debe confundirse con la de un tercero interviniente, toda vez que se trata de una parte cuya comparecencia al proceso es requisito ineludible para decidir de fondo. Así las cosas, al momento de ingresar al proceso, lo hace ocupando la posición de demandante o demandado -o ambas dependiendo el caso-, quiere decir ello que cuenta con los mismos derechos y deberes de los demás sujetos procesales.

La característica esencial del litisconsorcio necesario consiste en que la sentencia que se dicte ha de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de personas que conforman la respectiva parte en el proceso, por ello, el elemento esencial de esta clase de litisconsorcio es la unicidad de la relación sustancial materia del litigio, o, en otras palabras, la existencia de una unidad **inescindible** respecto del derecho sustancial en debate. Ante esa unidad inescindible del derecho sustancial es que el eventual fallo ha de ser único y de idéntico contenido para la pluralidad, pues si el resolutorio es factible de ser fraccionado para el establecimiento de consecuencias diversas frente a los integrantes de la pluralidad, ya no haría presencia el elemento medular del litisconsorcio necesario: la identidad de las consecuencias favorables o adversas del eventual fallo.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que la figura procesal del litisconsorcio necesario, que encuentra su origen normativo en el artículo 61 del C.G.P., se caracteriza fundamentalmente por la existencia de una única relación sustancial o acto jurídico. De ahí que cuando se configura, ya sea como parte pasiva o activa, su vinculación sea ineludible, puesto que la sentencia que se profiera tendrá efectos sobre ésta, comprendiéndola u obligándola respecto de las pretensiones en idéntico sentido.

## 2.2. Del procedimiento para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías al personal docente.

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 y sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados por una entidad fiduciaria. Tiene a su cargo la atención de las prestaciones sociales de los docentes

---

<sup>3</sup> Código General del Proceso - Parte General; Autor: Hernán Fabio López Blanco; Edición 2016-Bogotá-Colombia; Editorial Dupre; Pág. 353.

nacionales y nacionalizados, y uno de sus objetivos es efectuar el pago de dichas prestaciones al personal afiliado.

Como se indicó, el Fondo carece de personería jurídica, por lo tanto, para que sus actos tengan validez, debe ser representado legalmente por otra entidad. Bajo este entendido, el artículo 9 ibídem, dispuso que las prestaciones sociales que paga el Fondo son reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional. Respecto del trámite de las solicitudes de prestaciones sociales a cargo del Fondo, la Ley 962 de 2005 estableció en su artículo 56 que éstas serían reconocidas y pagadas por el Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de la entidad fiduciaria que administra sus recursos, proyecto que debe ser elaborado por los secretarios de educación de los entes territoriales certificados.

Dicha disposición fue reglamentada por el Decreto 2831 de 2005. Allí se indicó que las solicitudes debían ser radicadas en las secretarías de educación de las entidades territoriales, quienes debían elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento para ser enviado a la entidad fiduciaria dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, para su aprobación, una vez aprobado, debía ser firmado por el secretario de educación. Posteriormente, el Decreto Nacional 1272 de 2018 – *que modificó el Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación*- estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo, reiterando la gestión a cargo de las secretarías de educación.

Ahora bien, concretamente en cuanto al pago de las cesantías y el pago de la sanción por mora, dispuso que las solicitudes de reconocimiento de cesantías deben ser resueltas dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud. El proyecto de acto administrativo debe ser elaborado dentro de los 5 días hábiles siguientes, el cual deberá remitir en el mismo término a la entidad fiduciaria para su aprobación, quien cuenta con 5 días para el ello. Devuelto el proyecto de acto administrativo con el visto bueno, se debe proceder a su expedición, y una vez notificado y ejecutoriado debe ser enviado al FOMAG para su pago, el cual se debe realizar dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo.

En cuanto a la sanción moratoria, la norma indica que su pago se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio, así se encuentra establecido en el artículo 2.4.4.2.3.2.28 del decreto en mención.

Se concluye entonces que es la Nación— Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, quien conforme a las facultades que le ha conferido la Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y al trámite previsto en el Decreto 1272 de 2018, debe reconocer y pagar las prestaciones sociales a los educadores, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre sus recursos.

Al ser el Fondo el que reconoce y paga los emolumentos prestacionales de los docentes, se advierte que la gestión de las entidades territoriales se limita a la desconcentración del trámite de las solicitudes, más no a la autonomía de decisión frente a las solicitudes de reconocimiento. Así, es el Fondo quien se encuentra legitimado en la causa por pasiva, sin que se requiera la presencia del ente territorial para decidir de fondo.

### 2.3. De la aplicación de la Ley 1955 de 2019 en el tiempo.

La Ley 1955 de 2019, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, refiere en el párrafo del artículo 57 lo siguiente:

“PARAGRAFO. 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 Secretaria 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.”

Según la norma transcrita, las entidades territoriales comprometen su responsabilidad patrimonial, cuando su gestión supere los términos concedidos en la ley para resolver las solicitudes de pago de cesantías, advirtiendo que en estos eventos el pago de la sanción moratoria no se haría con cargo a los recursos del Fondo, sino que sería asumida por las entidades territoriales.

La aplicación del citado artículo constituye el fundamento de la apelación interpuesta por la entidad demandada. Ahora, si bien es cierto la norma libera al Fondo del pago de la sanción moratoria en

algunos eventos, no debe perderse de vista que dicha norma fue publicada en el Diario Oficial en mayo de 2019, por lo tanto, es necesario aclarar si la misma es aplicable al presente caso.

Por regla general, las leyes son irretroactivas, es decir, sus efectos son inmediatos y empiezan a regir a partir de la fecha de su promulgación, sin que puedan afectar situaciones consolidadas bajo la norma anterior. Para poder otorgar a la ley efectos diferentes en el tiempo, es necesario que el legislador lo disponga expresamente.

Para el caso concreto, no se dispuso algún efecto en particular a la Ley 1955 de 2019, luego es acertado predicar su irretroactividad.

#### 2.4. Del caso concreto.

Como se indicó previamente, la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó como excepción previa, la vinculación del Departamento de Boyacá como litisconsorte necesario, con fundamento en el párrafo del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que hace responsables a las entidades territoriales del pago de la sanción moratoria, cuando la mora le es imputable.

Para empezar, advierte el Despacho que la posibilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de reclamar al ente territorial el pago de la sanción moratoria cuando ha sido generada por su desidia, no es una novedad de la Ley 1955 de 2019, toda vez que el mismo Decreto 1272 de 2018 impone tanto al Fondo como a la sociedad fiduciaria el **deber** de iniciar las acciones legales o judiciales contra quienes den lugar a la configuración de la sanción moratoria. La norma textualmente señala:

**ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria.** El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se **deban** adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible. (Subraya fuera del texto original)

Así las cosas, la discusión no versa en la posibilidad o no de aplicar al presente caso la Ley 1955 de 2019 para que pueda el Fondo recuperar de las entidades territoriales las sumas de dinero de las que tuvo que disponer para pagar la sanción moratoria que aquellas originaron, pues está claro que el Fondo se encuentra habilitado legalmente para ello desde antes de dicha ley, luego entrar a analizar los efectos retroactivos o retrospectivos de la Ley 1955 de 2019 resulta inane.

Ahora bien, sobre la calidad de litisconsorte necesario del Departamento de Boyacá en el presente caso, advierte el Despacho que no se encuentran acreditados los requisitos legales establecidos para el efecto. En primer lugar, se tiene que no se trata de una única e inescindible relación jurídica la que vincula a la aquí demandante con el Fondo y a este último con el Departamento de Boyacá, toda vez que una es la relación que ata a la demandante que reclama al Fondo el pago de la sanción moratoria, y otra es la que tiene lugar entre el Fondo para recuperar del ente territorial lo pagado por dicho concepto, relación que tiene lugar siempre que se acredite que la mora la originó el ente territorial. En segundo lugar, la no comparecencia del ente territorial no impide que se profiera una sentencia de fondo en el presente asunto.

El Despacho insistirá acerca del verdadero alcance de la pretensión elevada por el demandante frente al FOMAG, pues esta relación procesal tiene como propósito exclusivo el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de sus cesantías. Pago que, en todos los casos, frente a los docentes, ha de responder el Fondo, como ente legalmente habilitado para asumir el pago de todas las prestaciones económicas a favor de los docentes oficiales. En esta relación procesal no resulta necesaria la integración del litisconsorcio por pasiva entre el Fondo y el ente territorial, pues el ordenamiento jurídico ha señalado, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que *"las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en las secretarías de educación territoriales, radican únicamente en la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*<sup>4</sup>.

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha reiterado su postura acerca de la improcedencia del litisconsorcio necesario entre el FOMAG y las Secretarías de educación territoriales, así:

---

<sup>4</sup> Subsección "B". CP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15).

“En el *sub examine*, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) solicitó la vinculación, como litisconsorte necesario, del municipio de Manizales, Secretaría de Educación, para que responda por el pago de la sanción moratoria producto del retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías a la señora Aida Marín López. En su criterio, la referida situación se debió al incumplimiento de los términos señalados para la expedición del acto administrativo que las reconoció.

Al respecto, conviene advertir que, en providencia del 26 de abril de 2018, esta Subsección indicó lo siguiente:

*En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el a quo no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la 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 que de la suscripción del acto emane.*

*Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017, y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado, consistente en 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.<sup>5</sup>*

De acuerdo con lo anterior, el despacho concluye que no es procedente vincular como litisconsorte necesario a las entidades territoriales cuando el litigio versa sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las siguientes razones:

- i) Al desconcentrarse la función de reconocimiento de las cesantías en favor de las secretarías de educación, su ejecución se da en nombre y representación del FOMAG, tal como lo establece el artículo 9.º de la Ley 91 de 1989.
- ii) De pensarse en la vinculación de los entes territoriales certificados, dicha situación sería inane en virtud de lo previsto en el párrafo del artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006 y en el artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 1075 de 2015, que disponen:

**Artículo 5 de la Ley 1071 de 2006. Mora en el pago.** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta*

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Auto del 26 de abril de 2018. Radicación número: 68-001-23-33-000-2015-00739-01 (0743-2016) Actor: Amanda Lucía Durán Rey.

*prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

***Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.***

***Artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 1075 de 2015. Sanción moratoria. El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la [Ley 1071 de 2006](#).***

*Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la [Ley 1071 de 2006](#) y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.*

*(Negritas fuera del texto)*

iii) Las normas transcritas radican de forma exclusiva el pago de la sanción moratoria en el FOMAG, sin perjuicio de que este ejerza las acciones administrativas pertinentes, ante los entes de control, con el propósito de que se establezca la responsabilidad del funcionario que hizo incurrir a la administración en su pago. Además, obliga a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del referido fondo, a que adelante las medidas legales en contra de las entidades territoriales certificadas que desconocieron los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006, para que reintegren los valores que se paguen por concepto de la aludida sanción".<sup>6</sup>

Ahora bien, también el Despacho insistirá en la relación procesal que bien pudiera existir entre el FOMAG y el ente territorial que, por su culpa, produjo la consecuencia monetaria del pago de la sanción moratoria de las cesantías en contra del primero y a favor del docente. Ciertamente, tal como quedó acreditado, a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde antaño, le asiste el derecho legal de reclamar de los entes territoriales el reembolso de las sumas pagadas por concepto de sanción moratoria. Sin embargo, si lo desea hacer en el mismo proceso en el que se discute el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, no es procedente hacerlo mediante la integración del litisconsorcio necesario, sino a

---

<sup>6</sup> Subsección "A". C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Auto del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación: 17001-23-33-000-2013-00628-01(3830-14).

través del llamamiento en garantía, claro está, siempre a petición de parte y con el cumplimiento de los requisitos legales de dicha figura procesal.

En este caso eventual, debe tenerse en cuenta que la vinculación del ente territorial se hace en virtud de la pretensión del Fondo de obtener el reembolso, la cual necesariamente pende de la sentencia que se llegue a proferir, y en todo caso de acreditarse los supuestos fácticos de la mora imputable al ente territorial. Pero se insiste, la figura procesal adecuada es el llamamiento en garantía, no la integración del litisconsorcio necesario.

Por las razones que anteceden, el Despacho confirmará el auto recurrido.

Por lo expuesto, el Magistrado Sustanciador del Tribunal Administrativo de Boyacá,

### **III. RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la providencia de primera instancia emitida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo de Tunja, mediante la cual se negó la excepción de vinculación del litisconsorcio necesario, pero por las razones dadas en esta providencia.

**SEGUNDO.-** Sin costas.

**TERCERO.-** Por Secretaría, devuélvase el expediente al despacho de origen y de ello déjese registro en el Sistema SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*  
**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
**Magistrado**