



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIONES
(Artículo 175 CPACA)

Cartagena de Indias, 2 de abril de 2019

HORA: 08:00 A. M.

Medio de control	NULIDAD Y R. DEL DERECHO
Radicación	13-001-23-33-000-2018-00286-00
Demandante	DAYRIS PACHECO TINOCO
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FOMAG y DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-SECRETARIA DE EDUCACION
Magistrado Ponente	EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS A LA PARTE DEMANDANTE DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADO EL DÍA 13 DE NOVIEMBRE DE 2018, POR LA DOCTORA MARTHA PATRICIA BARRIOS PALENCIA, APODERADA DEL **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** Y QUE SE ENCUENTRA VISIBLE A FOLIOS 47-59 DEL EXPEDIENTE.

EMPIEZA EL TRASLADO: 3 DE ABRIL DE 2019, A LAS 8:00 A.M.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

VENCE EL TRASLADO: 5 DE ABRIL DE 2019, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso

E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 6642718

Martha Patricia Barrios Palencia
Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia
Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado
Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808
Teléfonos: 6755807.
Cartage

396
47

Cartagena de Indias D.T y C., noviembre de 2018

Señor
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
Ciudad

SECRETARIA TRIBUNAL ADM
TIPO: CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES
PREVIAS
REMITENTE: MARTHA BARRIOS PALENCIA
DESTINATARIO: EDGAR ALEJANDRO JASQUEZ CONTRERAS
CONSECUENTIVO: 2018-162566
No. FOLIOS: 13 -- No. CUADERNOS: 1
RECIBIDO POR SECRETARIA TRIBUNAL ADM
FECHA Y HORA: 11/11/2018 11:34 AM
TERMINA

Referencia: Medio de control - Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por DAYRIS PACHECO TINOCO contra la NACION -MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FOMAG- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN

Radicación: 13 001 23-33-000-2018-00286-00

Asunto: CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE FONDO.

Señora Juez:

MARTHA PATRICIA BARRIOS PALENCIA, mayor de edad, vecina y residente en la ciudad de Cartagena, identificada con la cédula de ciudadanía número 45.432.378 expedida en Cartagena, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional número 30.707 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, entidad territorial de creación constitucional, representada legalmente para los presentes efectos por **ADRIANA MARGARITA TRUCCO DE LA HOZ**, mayor de edad, con vecindad y residencia en Cartagena, de conformidad con la delegación, decreto de nombramiento, acta de posesión y poder otorgado, en su condición de Director del Departamento Administrativo jurídico, respetuosamente por medio del presente escrito, respetuosamente por medio del presente escrito, encontrándome en la oportunidad correspondiente, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA y EXCEPCIONAR DE FONDO**, todo lo cual realizo de la siguiente manera:

1. TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

El proceso que nos ocupa fue notificado por medio electrónico el 23 de agosto del 2018, vence el 13 de noviembre del 2018, siendo festivos los días 25,26 de agosto, 1,2,8,9,15,16,22,23,29,30 de septiembre; 6,7,13,14,15,20,21,27,29 de octubre; 3,4,5,10,11,12 de noviembre, razón por la cual este escrito de contestación de la demanda y de interposición de excepciones de fondo se presenta dentro de la

391
48

oportunidad legal correspondiente, al tenor de lo dispuesto por el artículo 199 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso.

2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a las razones jurídicas y fácticas expuestas en el correspondiente escrito de demanda y solicito sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones y peticiones de declaraciones de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho para invocarlas.

En consecuencia, las pretensiones deberán ser denegadas por las razones de defensa que a continuación se expondrán y mí representado, **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, deberá ser absuelto de todo cargo y condena, sobre todo por falta de legitimidad en la causa por pasiva, toda vez que le corresponde el pago de la cesantía es a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y, en consecuencia la mora solicitada por valor de \$ 73.038.184 millones, no deberá ser cancelada por el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

AL PRIMER Y SEGUNDO HECHO: No son hechos, son referencia a la Ley 91 de 1989, que creo el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y que determino y que señala que el pago de la cesantía de los docentes le corresponde al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por tanto no le corresponde asumir al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, el pago de la sanción por mora.

AI TERCER, CUARTO Y QUINTO HECHO: No me consta que se pruebe, la fecha de solicitud de la cesantía – el demandante señala que 13 de octubre de 2011-, su reconocimiento el 27 de febrero del 2014, y el pago tardío que según el demandante ocurrió el 19 de mayo del 2014, pero reiteramos que la competencia para el pago de acuerdo con la ley y su aprobación le corresponde a la Fiduciaria.

De conformidad con el artículo 56 de la Ley 962 del 2005, las prestaciones sociales son reconocidas por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el FONDO (Fiduprevisora), 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.

SEXTO: No es un hecho, son alusiones normativas a los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, que no relatan los supuestos facticos que fundamentan las pretensiones del accionante.

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia
Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado
Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808
Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763
Cartagena – Colombia

392
49

SEPTIMO: No es un hecho. Lo descrito en este numeral corresponde a una cita jurisprudencial.

OCTAVO: No me consta, por cuanto el accionante no aporta copia de la solicitud mencionada.

NOVENO: Es cierto lo relacionado con la solicitud, pues en el expediente reposa documento dirigido A LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que NO NOS CONSTA la respuesta dada a dicha solicitud. Presenta constancia de que se agotó la conciliación prejudicial.

4. EXCEPCIONES DE FONDO

Propongo como fundamentos de la defensa de mi representada las excepciones de fondo que a continuación se enuncian y explican:

4.1. INEXISTENCIA DE OBLIGACION POR PARTE DEL DEPARTAMENTO EN RELACION CON LAS PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES.

De conformidad con la Ley 91 de 1989, corresponde al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fecha a partir de la cual se creó el fondo, tal como lo señala el artículo tercero que indica:

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

Así las cosas, corresponde a El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado

Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808

Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763

Cartagena – Colombia

393

50

A los docentes se les cancela con dineros del SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACION, y quien maneja las prestaciones es la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.-

La representación judicial y extrajudicial del Fondo, de conformidad con el concepto de fecha 23 de mayo de 2002, dentro del radicado No 1423, emitido por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, en el cual se señaló que la representación judicial del Fondo le corresponde al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y no al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

4.2 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

En el caso de marras, la cuestión sobre la legitimación en la causa por pasiva conduce a determinar en cabeza de quien está el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y como se expone a continuación este corresponde a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

Conforme lo estipulado en el artículo 5to de la ley 91 de 1981, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectuar el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados. Por su parte, el artículo 9 ibídem, indica que estas serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Por las razones descritas, se deberá declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, toda vez que es a dicho Fondo a quien le compete el pago de las prestaciones del docente oficial, representado por la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

4.3. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO

El artículo 5 de la ley 1071 de 2006 indica de manera clara la forma en la que debe contabilizarse y reconocerse la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, así:

“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 prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro”

Resulta claro, a la luz de la disposición citada, que la mora se deberá empezar a contabilizar desde el reconocimiento de la cesantía por parte de la Entidad encargada, pues es ese acto administrativo el que materializa el derecho y la correlativa obligación de pago, por lo que, se insiste, los términos para cumplir se empiezan a contar desde ahí y por supuesto, también la mora.

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado

Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808

Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763

Cartagena – Colombia

399
51

El accionante reclama una mora equivalente a 839 días, lo cual no resulta ajustado al ordenamiento jurídico, pues al contabilizar los tiempos al tenor literal de la ley 1071 de 2006, -y cuando la ley es clara no requiere interpretación-este debió realizarse en **los 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**, es decir que en ese caso la mora equivaldría a una cantidad de días muy inferior a la indicada por el accionante.

Sobre el particular, si bien es cierto que las normas citadas establecen unos tiempos que debe contabilizarse, dichas normas no son aplicables a los docentes, tal como lo ha señalado el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TOLIMA Y DE ANTIOQUIA.

Las mencionadas Corporaciones adoptaron el criterio de negar el reconocimiento de la sanción moratorio establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, al considerar que no existe norma que regula la mencionada sanción por mora a los docentes por el no pago oportuno.

Los docentes tanto a nivel nacional y territorial se encuentra amparado por un régimen especial, el cual implica una legislación específica y exclusiva para ese sector de empleados.

La sanción moratoria reconocida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, establece la termite para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas, así como el pago tardío, pero solo respecto de algunos servidores públicos dentro de los cuales no se menciona al personal docente oficial.

La norma aplicable en materia de cesantía para el personal docente está integrada por las disposiciones del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Razones por las cuales se debe proceder a denegar los pretensiones.

4.5. LA IMNOMINADA O GENERICA

Solicito, igualmente, que en la sentencia se declare cualquiera otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo del Código

5. PRUEBAS Y ANEXOS:

Solicito que se ordenen, practiquen y se tengan como pruebas las siguientes:

5.1 ANEXOS

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado

Centro, Sector La Matuna , Edificio Banco Popular Oficina 808

Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763

Cartagena – Colombia

52
395

5.1.1 Poder especial otorgado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR., Decreto de delegación, decreto de nombramiento y acta de posesión.

6. PETICION

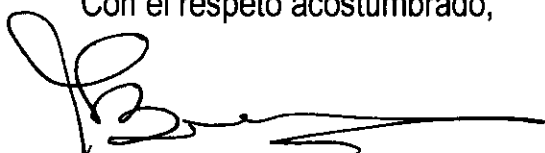
Por todo lo anterior, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada formal, solicito al señor Juez desestimar las pretensiones de la demanda; así como condenar en costas a la parte demandante.

7. NOTIFICACIONES

El representante legal del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, Carretera Cartagena-Turbaco Km. 3, Sector Bajo Miranda - El Cortijo, después del cementerio Jardines de Paz.

La suscrita apoderada, en la ciudad de Cartagena de Indias, Centro, sector la Matuna, Avenida Daniel Lemaitre, Edificio Banco Popular - oficina 808. Correo electrónico: marthabarriosm@yahoo.com, marthabarriosabogados@gmail.com

Con el respeto acostumbrado,



MARTHA PATRICIA BARRIOS PALENCIA

CC 45.432.378

TP 30.707 del C.S de la J.

Cartagena de Indias D.T y C., noviembre de 2018
Señor

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia
Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado
Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808
Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763
Cartagena – Colombia

53
396

Cartagena de Indias D.T y C., noviembre de 2018

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
Ciudad

Referencia: Medio de control - Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por DAYRIS PACHECO TINOCO contra la NACION –MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FOMAG- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN

Radicación: 13 001 23-33-000-2018-00286-00

Asunto: EXCEPCION PREVIA.

MARTHA PATRICIA BARRIOS PALENCIA, mayor de edad, vecina y residente en la ciudad de Cartagena, identificada con la cédula de ciudadanía número 45.432.378 expedida en Cartagena, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional número 30.707 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, de conformidad con el poder otorgado por la doctora ADRIANA TRUCCO DE LA HOZ, en su condición de Directora del Departamento Administrativo jurídico, conforme a la delegación que para tal fin recibí, respetuosamente por medio del presente escrito, respetuosamente por medio del presente escrito, encontrándome en la oportunidad correspondiente, procedo a presentar la **EXCEPCION PREVIA**, todo lo cual realizo de la siguiente manera:

1. TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

El proceso que nos ocupa fue notificado electrónicamente el 23 de agosto del 2016, vence 13de noviembre del 2018, siendo festivos los días 25,26 de agosto, 1,2,8,9,15,16,22,23,29,30 de septiembre; 6,7,13,14,15,20,21,27,29 de octubre; 3,4,5,10,11,12 de noviembre, razón por la cual este memorial de excepción previa se presenta dentro de la oportunidad legal correspondiente.

2. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA PASIVA.

De conformidad con la Ley 91 de 1989, corresponde al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fecha a partir de la cual se creó el fondo, tal como lo señala el artículo tercero que indica:

“ Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado

Centro, Sector La Matuna , Edificio Banco Popular Oficina 808

Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763

Cartagena – Colombia

54
397

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

Corresponde a El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

A los docentes se les cancela con dineros del SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACION, y quien maneja las prestaciones es la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.-

La representación judicial y extrajudicial del Fondo, de conformidad con el concepto de fecha 23 de mayo de 2002, dentro del radicado No 1423, emitido por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, en el cual se señaló que a representación judicial del FONDO le corresponde al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

Ahora bien, la legitimación permite determinar los dos extremos reales de la Litis, quien solicita (legitimación por activa) y quien debe responder a la solicitud (legitimación por pasiva), siendo ello así, no se puede pretender que el Departamento de Bolívar no realice descuento sobre mesadas adicionales, dado que en virtud de la norma mencionada el único competente es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

Tales argumentos encuentran sustento jurisprudencial en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad Magistrada Ponente: Beatriz Elena Jaramillo Muñoz. Medellín, Junio diecisiete (17) de dos mil trece (2013). Proceso: nulidad y restablecimiento del derecho demandante: Joimer Londoño Botero. Demandados: departamento de Antioquia – Secretaria de Educación; Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio. Radicado: 05001.33.33.016.2012.00113.01, en la cual se resolvió:

PRIMERO: *Confirmar la decisión de la Juez Dieciséis Administrativo Oral de Medellín, proferida el 17 de abril de 2013, mediante la cual declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Antioquia.*

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia
Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado
Centro, Sector La Matuna , Edificio Banco Popular Oficina 808
Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763
Cartagena – Colombia

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Medellín

Las consideraciones fundamentales de dicha providencia, por medio de la cual se resolvió declarar la falta de legitimación por pasiva en el caso, se resumen así:

“Se pretende la nulidad del acto ficto o presunto configurado del silencio administrativo en relación con la petición en interés particular el 04 de mayo de 2011, en el cual se entiende negada la solicitud de pago de la mesada adicional (mesada quince)”¹

El motivo de inconformidad del recurrente radica en considerar que no le asiste razón al juez de primera instancia cuando determina la prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva del Departamento de Antioquia, en cuanto manifiesta que este ente tiene atribuidas unas competencias y con relación a las prestaciones sociales del sector docente oficial, no se puede decir que su función radica en la firma del acto que concede o niega la prestación, por lo tanto, considera la parte apelante fundamental la presencia del este ente territorial hasta el momento de proferir la sentencia.

Tal y como es manifestado por el Juez de primera instancia, el Departamento de Antioquia no se encuentra legitimado por pasiva en el presente proceso por lo que pasa a explicarse:

El legislador mediante la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin persona jurídica, con la finalidad, entre otras, de pagar las prestaciones sociales de sus afiliados, conforme al artículo 5º de dicha disposición, a dicho fondo quedarían automáticamente vinculados aquellos docentes nacionales o nacionalizados vinculados al 29 de diciembre de 1989, es decir, a la fecha de promulgación de la citada ley, y aquel personal que se vinculara con posterioridad, quedarían vinculados siempre y cuando se cumplieran con ciertos requisitos.

Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...

De la misma manera mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 mediante la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos, se estableció que estará a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo y el cual

¹ Consejo de Estado sentencia del 25 de marzo de 2010, Magistrado Ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado

Centro, Sector La Matuna , Edificio Banco Popular Oficina 808

Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763

Cartagena – Colombia

399
56

es elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial, tal y como se encuentra dispuesto en el artículo referenciado y que de manera textual indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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.” (Resaltos fuera del texto).

Con el fin de reglamentar el mandato expuesto en la norma anteriormente transcrita, el Ministerio de Educación Nacional expidió el Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 que en su capítulo II dispone lo que tiene que ver con el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Artículo 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia
Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado
Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808
Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763
Cartagena – Colombia

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.
5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

57
400

Martha Patricia Barrios Palencia

*Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia
Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado
Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808
Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763
Cartagena – Colombia*

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley."

De acuerdo con las disposiciones anteriormente señaladas, el pago de los derechos prestacionales de los docentes oficiales nacionales o nacionalizados se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y los entes territoriales se encuentran como simple mediadores, puesto que si bien, el Departamento de Antioquia – Secretaria de Educación elaboran los proyectos de actos administrativos lo hacen en representación del fondo, lo que no obliga al ente territorial ni compromete sus recursos.

Es así como en Consejo de Estado en reciente jurisprudencia ha manifestado lo siguiente:

No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo." Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en

Martha Patricia Barrios Palencia

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia
Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del estado
Centro, Sector La Matuna, Edificio Banco Popular Oficina 808
Teléfonos: 6755807, 6796804 – Cel 3135321763
Cartagena – Colombia

402
59

efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva²

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que quien tiene a su cargo el pago de los derechos prestaciones de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, no existe relación sustancial entre el demandante y la Gobernación de Antioquia, en el sentido que no es el ente llamado a pagar las prestaciones sociales de los docentes vinculados al fondo, motivo por el cual en el presente caso, es acertada la decisión del juez de primera instancia, en la medida que el ente territorial actúa como un simple facilitador, conservando toda la carga prestacional única y exclusivamente FONPREMAG, razón por la que será confirmada la decisión de primera instancia tomada en audiencia inicial del 17 de abril de 2013.
“(Subrayas nuestras)

Es de precisar que si bien la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal para demandar, el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo permite que siendo este un defecto sustancial que generalmente debe ser discutido en la sentencia, pueda resolverse en la primera audiencia, ya que no tiene sentido continuar el trámite presentándose una falta de legitimación por activa o por pasiva, esto con el fin de evitar sentencias inhibitorias.

3. SOLICITUD

Por lo anterior, solicito se declare probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Bolívar, al estar desligado del extremo pasivo en la relación jurídica sustancial que nos ocupa.

4. NOTIFICACIONES

El representante legal del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, Carretera Cartagena-Turbaco Km. 3, Sector Bajo Miranda - El Cortijo, después del cementerio Jardines de Paz.

La suscrita apoderada, en la ciudad de Cartagena de Indias, Centro, sector la Matuna, Avenida Daniel Lemaitre, Edificio Banco Popular - oficina 808. Correo electrónico: marthabarriosm@yahoo.com, marthabarriosabogados@gmail.com

Con el respeto acostumbrado,


MARTHA PATRICIA BARRIOS PALENCIA
CC 45.432.378
TP 30.707 del C.S de la J.

² Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección “B”, sentencia del 14 de febrero de 2013, radicado interno: 1048-12, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve.