



Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-005-2019-00192-00
Demandante	Neudis Luna Bastida
Demandado	Nación-Ministerio de educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto	Resuelve excepción previa
Auto interlocutorio No.	093

I. Antecedentes

-La presente demanda fue admitida en 17 de octubre de 2019¹.

-La notificación personal conforme al art. 199 del CAPCA a la demandada se dio el 14 de febrero de 2020².

-La demandada contestó la demanda³.

-De las excepciones se dio traslado el 09 de agosto de 2021⁴, sin que la parte demandante hiciera manifestación al respecto.

II. Consideraciones

Atendiendo las contingencias presentadas ante la declaratoria de pandemia, fue expedido el Decreto 806 de 04 de junio de 2020⁵, el cual dispone (art. 12) que las excepciones en materia de lo contencioso administrativo han de ser resueltas de conformidad con lo previsto en el Código General del Proceso (art. 100, 101 y 102).

En igual sentido lo señala el parágrafo 1º del art. 175 del CPACA modificado por el art. 38 de la de la ley 2080 de 2020.

El artículo 101 dispone:

(...)

“Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo [110](#), para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados.

¹ Documento 01 pág. 32

² Documento 01 Pág. 46

³ Documento 05 de 13 de julio de 2020

⁴ Doc. 06 y 07

⁵ 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. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante.

Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a la audiencia inicial y en ella las practicará y resolverá las excepciones.

*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.
(...)*

De acuerdo con la norma citada, pueden resolverse las excepciones que no requieran la práctica de pruebas antes de realizar la audiencia inicial.

Advierte el despacho que el Ministerio de Educación- Fomag, dentro de las excepciones propuestas formula una previa de falta de integración del litis consorcio necesario.

Se procede entonces a resolver la excepción propuesta según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

III. Caso concreto

- **Litisconsorcio necesario por pasiva** : Menciona el art. 61 del C.G del P y cita Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la excepción planteada, que la parte demandante no solicitó la vinculación de la SED.

Que es necesario por cuanto los problemas operativos de las entidades territoriales ocasionan la demora en la expedición del acto administrativo que reconoce la prestación económica, pues supera considerablemente el tiempo que tenía la entidad para resolver tal solicitud, por lo cual impide el cumplimiento de los términos que tiene la entidad para cancelar dichas prestaciones.

Que, el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afilados al mismo. Éste régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.





Dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; ahora bien, en el caso que nos ocupa se observa en el plenario que la Secretaría de Educación territorial a la que se encuentra adscrito la demandante, se demoró en dar respuesta a la solicitud elevada por la parte actora, con lo cual demoro todo el trámite administrativo que de él se decanta, haciendo que fuera aún más demorado el turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto, causando una afectación a las funciones que cumple el Fomag.

-Contrargumentos del demandante:

La parte demandante o presentó oposición a las excepciones

Frente a esta excepción es preciso señalar lo siguiente:

La figura del Litis consorcio necesario⁶ se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente. Tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso.

Descendiendo al subexamine tenemos que lo que se demanda en el presente asunto es la nulidad de un acto administrativo ficto que negó el reconocimiento y pago de una sanción moratoria causada por el pago tardío de una cesantías parciales solicitadas por el docente de vinculación Departamental NEUDIS LUNA BASTIDA de la Secretaria de Educación Departamental afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado con la expedición de la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989. Es definido 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 a sus afiliados, esto es, de los docentes. Los objetivos de dicha entidad están definidos en el artículo 5º de la citada ley:

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos (entre otros):

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

⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Auto 05001233300020140005801 (14702015), jul. 27/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra





Respecto al trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 *“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”* dispone que *“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.”*

De la citada legislación se advierte con claridad que las prestaciones sociales del personal docente nacional o nacionalizado están a cargo de la Nación. Para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, sea lo primero señalar que la parte demandante en la demanda sí solicitó la vinculación del ente territorial, pero, contrario a lo considerado por la entidad demandada, el despacho resolvió negativamente la solicitud en el auto admisorio de la demanda, aduciendo que pese a la función que las secretarías de educación tienen de expedir el acto administrativo de reconocimiento prestacional, conforme al trámite previsto de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo, ello no las hace responsables de una eventual condena.

Y que la representación judicial del Fondo la tenía la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

De otra parte, por tratarse de una prestación social causada con anterioridad a la vigencia y modificación introducida por la ley 1955 2019 art. 57⁷ (PND) (vigente a

⁷ ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones 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 de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.





partir del 25 de mayo de 2019), en cuanto a establecer una sanción y una responsabilidad en el ente territorial, no hay posibilidad de dar aplicación de la ley con efectos retroactivos sin violar lo previsto en el artículo 29 de la Constitución.

Razones por las cuales no se configura el litis consorcio necesario a que alude en la excepción, sin que sea dable dar una aplicación retroactiva de dicha normatividad por cuanto los efectos jurídicos ya estaban consolidados al momento de entrar en vigencia, ya que se demanda una sanción moratoria presuntamente en el año 2018.

Ello, se dijo desde el auto admisorio de la demanda de 17 de octubre de 2019, donde en forma expresa se señala que el ente territorial tiene falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no corresponde a éste soportar la carga de una eventual condena, de conformidad con las Leyes 91 de 1989 (arts. 3,9) 115 de 1994 (art. 180) y 962 de 2005 (art. 56), tratándose de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ello también conforme a lo ha entendido el H. Consejo de Estado al señalar que⁸: *"En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional. A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil."* (Subrayas fuera del texto).

En conclusión, considera este Despacho, no se hace necesaria la vinculación del ente territorial y no existe litisconsorcio necesario de éste con el FOMAG, por que lo reclamado en este caso corresponde a una prestación a cargo de la Nación (sanción moratoria) y el demandante era docente departamental I y se encontraba

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002).- Radicación No. 1423 Consejero ponente: César Hoyos Salazar





afiliado al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, su pago entonces corresponde realizarlo al FOMAG, no obstante el acto administrativo atacado hubiese sido expedido por el Secretario de Educación Departamental y/o Municipal, pues este lo hace en nombre y representación de la nación, razón por la cual se considera no prospera la excepción previa propuesta.

En consecuencia, el Juzgado,

RESUELVE:

1. Declarar no probada la excepción previa de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
2. Ejecutoriada la presente decisión, vuelva el proceso al despacho el trámite que corresponda.
3. Reconocer personería a la Dra. Lina Maria Montaña Acuña, como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los fines del mandato a ella conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
JUEZ**

Firmado Por:

Maria Magdalena Garcia Bustos

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

Contencioso 005 Administrativa

Página 6 de 7





Cartagena - Bolívar

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:

b777233f8460064bf473433ec51e79bbdc7858d879a585fcde9cff6fdf294d54

Documento generado en 28/02/2022 04:33:30 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



SCS7811-03