



Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-005-2019-00213-00
Demandante	Luzmila González Lominet
Demandado	Nación – Ministerio de Educación – Fomag
Asunto	Resuelve excepciones conforme al artículo 175 del CPACA, modificado por el Artículo 38 de la Ley 2080 de 2021.
Auto interlocutorio No.	117

I. Antecedentes

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 29 de octubre de 2019¹.

La notificación a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se surtió el 14 de febrero de 2020, mediante mensaje de datos dirigido al buzón de notificaciones judiciales dispuesto para tal fin², de lo cual se observa acuse de recibo de la notificación electrónica.

La entidad demandada contestó la demanda mediante escrito radicado el 21 de agosto de 2020³ y proponiendo excepciones, las cuales fueron objeto de traslado conforme al artículo 175 del CPACA, el 06 de agosto de 2021⁴.

La parte demandante recorrió el traslado de excepciones mediante memorial presentado vía electrónica el 10 de agosto de 2021⁵.

II. Consideraciones

Que conforme lo dispuso el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021⁶, modificadorio del artículo 175 del CPACA, las excepciones previas deberán ser resueltas de conformidad con lo previsto en el CGP, artículos 100, 101 y 102.

¹ Archivo 01 página 36-38 expediente digital.

² Archivo 01 página 48 a 53 expediente digital.

³ Archivo 02-06 expediente digital.

⁴ Archivo 007-08 expediente digital.

⁵ Archivo 09 expediente digital.

⁶ **Artículo 175 Parágrafo 2°**. Modificado por el art. 38, Ley 2080 de 2021. <El nuevo texto es el siguiente> De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

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 juez o magistrado ponente 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.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A. (...)



20230814-03



Que el artículo 101 del CGP⁷, dispone que las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, deberán ser resueltas previo a la realización de la audiencia inicial.

Advierte el Despacho que el Ministerio de Educación- Fomag, dentro de contestación de la demanda, propuso como excepciones: Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria, imposibilidad de cumplimiento en término por la complejidad del trámite, litisconsorte necesario por pasiva, improcedencia de la indexación, caducidad, prescripción y la genérica

Se advierte que solo tienen el carácter de previa la referida a la integración del litisconsorte⁸, y que la perentoria de prescripción no está enlistada como previa en el artículo 100, luego no puede ser objeto de este pronunciamiento.

Procediendo el Despacho al estudio de la única excepción previa en los términos de los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

III. Caso concreto

-No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios: Argumenta que el demandante infringió lo dispuesto en el artículo 61 del CGP, al demandar únicamente a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desconociendo así que fue la Secretaría de Educación Distrital la entidad que expidió la resolución mediante la cual se reconoció el pago de las cesantías parciales.

En consecuencia, solicita la vinculación del ente territorial conforme al procedimiento establecido de reconocimiento de las prestaciones contenida en la Ley 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005.

-Contrargumentos del demandante:

La parte demandante solicitó se desestime los argumentos por cuanto considera se trata de un error ya que en el escrito de demanda el Distrito de Cartagena ya se encuentra como vinculada.

Frente a esta excepción es preciso señalar lo siguiente:

⁷ Artículo 101. Las excepciones previas se tramitarán y decidirán de la siguiente manera:

1. 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.

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. (...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

⁸ Numeral 9 del artículo 100 del CGP.





La figura del Litis consorcio necesario⁹ 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 unas cesantías parciales solicitadas por la docente de vinculación nacional, LUZMILA GONZALEZ LOMINET, ante la Secretaria de Educación Distrital y afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De lo anterior, se tiene que 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.

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.”*

⁹ Consejo de Estado Sección Segunda, Auto 05001233300020140005801 (14702015), jul. 27/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra





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 demanda¹⁰, 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. 57¹¹ (PND) (vigente a 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.

¹⁰ Archivo 01 página 36 -38 expediente judicial – 29 de octubre de 2019.

¹¹ 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.

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, facúltase 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 párrafo.

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





Frente a lo anterior, el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2019 dictada dentro del proceso con radicado interno 1215-16, con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas, que al respecto indicó:

“Ahora bien, en lo que respecta a la autoridad responsable del pago de la indemnización por mora en la consignación de las cesantías a los docentes, esta Subsección¹² ha sostenido:

Mediante la Ley 91 de 1989 en su artículo 3.º, se creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma aplicable para el momento en que se adelantó la actuación administrativa en el sub-lite y para el presente asunto en sede judicial, señalaba que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el FNPSM, 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 FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019¹³ 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 18 de julio de 2013 y la sanción moratoria se causó del 30 de octubre de 2013 al 9 de julio de 2015, es decir, con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

En conclusión, en el sub examine, será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo.

El anterior criterio sirve de soporte para concluir que, en el asunto de la referencia, al tratarse de un reconocimiento de sanción moratoria causada con anterioridad a la Ley 1955 de 2019¹⁴, «Por [la] cual se expide el Plan Nacional De Desarrollo 2018-2022» la obligación de asumir la condena reside en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como lo ordenó el a quo”

De cara a lo anterior, no se configura el litis consorcio necesario aludido, sin que sea dable dar una aplicación retroactiva a la norma, por cuanto los efectos jurídicos

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

¹³ Cita propia del texto transcrito: «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022».

¹⁴ Se precisa que el párrafo de su artículo 57 radica la responsabilidad del pago de la sanción moratoria tanto en el ente territorial como en el FNPSM, de acuerdo a la autoridad que hubiera incurrido en tardanza de la gestión de las cesantías de los docentes, según sus competencias, así: «**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 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.».





ya estaban consolidados al momento de su entrada en vigencia, ya que se demanda una sanción moratoria presuntamente causada en el año 2017.

Ello, se precisó desde el auto admisorio de la demanda de fecha 29 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.

En conclusión, considera este Despacho, no se hace necesaria la vinculación del ente territorial y no existe litisconsorcio necesario de éste con el FOMAG.

En consecuencia, el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena,

RESUELVE:

1. Declarar no probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario propuesta por la Nación- Ministerio de Educación- Fomag, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
2. Ejecutoriada la presente decisión, vuelva el proceso al despacho para el trámite que corresponda.
3. Reconocer al Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos como apoderado principal y a la Dra. Pamela Acuña Pérez¹⁵, como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los fines del mandato conferido¹⁶.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
JUEZ**

Firmado Por:

**Maria Magdalena Garcia Bustos
Juez Circuito**

¹⁵ t_pacuna@fiduprevisora.com.co

¹⁶ Archivo 04 expediente digital.



SECCYBIL-1-8

