



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Matuna, calle 32 No. 10-129 Avenida Daniel Lemaitre, Antiguas Oficinas de  
Telecartagena Piso 2, Tel. 6648778 Cartagena- Bolívar

**TRASLADO DE EXCEPCIONES**

RADICACIÓN : 13001-33-33-005-2013-00166-00  
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE : NELVA DEL S. AHUMADA DE MENDOZA  
DEMANDADO : NACIÓN – MIN EDUCACIÓN – DTO. DE BOLÍVAR

Teniendo en cuenta lo establecido en el parágrafo 2° del art. 175<sup>2</sup> de la ley 1437 de 2011 (CPACA), se corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas por la entidad accionada en su contestación, por el termino de tres (03) días en un lugar visible de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Cartagena y en la pagina web de la Rama Judicial. [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

DÍA DE FIJACIÓN : DIECINUEVE (19) de DICIEMBRE DE 2013,  
EMPIEZA TRASLADO : TRECE (13) DE ENERO DE 2014  
VENCE TRASLADO : QUINCE (15) DE ENERO DE 2014 A LAS 5:00 P.M.

  
MARÍA ANGÉLICA SOMOZA ÁLVAREZ  
SECRETARIA



<sup>2</sup> Parágrafo 2. Cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días.

170  
87

*Martha Patricia Barrios Palencia.*

Abogada especializada en Derecho Administrativo y Familia

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808  
Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763  
Cartagena – Colombia

Cartagena de Indias, Distrito T y C, noviembre del 2013

Doctor

MARIA MAGDALENA

JUEZ QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

Ciudad



RECIBIDO 21 NOV 2013

Fol. 23

**Referencia:** Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por NELVA DEL SOCORRO AHUMADA contra la NACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARIA DE EDUCACION.

**Radicación:** 13 -001- 33-33-005-2013-00166-00

**Asunto:** Contestación de la demanda y excepciones de fondo.

**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 **YOLANDA ISABEL VEGA SALTAREN**, en su condición de Directora del Departamento Administrativo jurídico, conforme a la delegación que para tal fin recibió , 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 electrónicamente el 5 de septiembre del 2013, vence el 25 de noviembre 2013, razón por la cual este memorial de contestación de la demanda y de interposición de excepciones de fondo se presenta dentro de la oportunidad legal correspondiente., siendo festivos los días 7,8,14,15,21,22,28,29 de septiembre ; 5,6,12,13,14 de octubre del 2013; 2,3,4,9,10,11, 16 y 17 de Noviembre del 2013.

### 2.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES.

Me opongo a las razones jurídicas y fácticas expuestas a lo largo de la contestación de la demanda y solicito sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones y peticiones

Martha Patricia Barrios Palencia.

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808

Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763

Cartagena – Colombia

88

Página 2 de 13

de declaraciones de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho para invocarlas.

En consecuencia, la presente acción de nulidad y restablecimiento deberá ser denegada por las razones de defensa que a continuación expondré 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 la pensión del demandante se encuentra a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

### 3.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS:

**Al primer hecho:** No me consta que la demandante haya sido pensionada mediante ese acto administrativo, toda vez que el mencionado acto administrativo no ha sido suscrito por la entidad que represento, sino por LA NACION –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

**Al segundo hecho y tercer hecho.** No me consta que se pruebe que la demandante haya solicitado la revisión de su pensión. De resultar cierto efectivamente y ante la no respuesta del Magisterio, se configuraría de acuerdo con la Ley el silencio negativo.

**Al cuarto hecho, quinto y sexto hecho :** No me consta que se prueba, dado que la entidad que representó no procede a realizar las liquidaciones, por tanto no es posible afirmar que solo incluyo los conceptos señalados de asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones. Como tampoco nos consta la no actualización de la primera mesada con el Índice de Precio al consumidor.

**Al séptimo hecho:** No es un hecho es la mención de una norma jurídica -el artículo 2 de Ley 1437 de 2011 o Código Contencioso Administrativo.

**Al octavo, noveno, decimo, y undécimo hecho:** No son hechos sino transcripciones y afirmaciones relativas a la Ley 91 de 1989 que creo el Fondo Nacional de Prestaciones sociales , quien es la entidad encargada de asumir las obligaciones prestacionales con el personal docente nacional o nacionalizado, lo que conlleva a la falta de legitimidad en la causa pasiva del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

**Al doceavo hecho.** No es un hecho son anotaciones acerca de la existencia del Decreto 1775 de 1990, decreto que no se encuentra vigente al haber sido derogado por el artículo 10 Decreto 2831 de 2005, que señala: "El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 1775 de 1990."

**Al treceavo hecho.** Es cierto, el artículo primero de la Ley 71 de 1988, señala que las

*Martha Patricia Barrios Palencia.*

*Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia*

*Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808  
Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763  
Cartagena – Colombia*

452  
89

Página 3 de 13

pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado el salario mínimo legal mensual.

**Al catorceavo hecho:** No es un hecho, son apreciaciones del apoderado de la demandante sobre la necesidad de reajustar la mesada.

#### 4.- EXCEPCIONES DE FONDO

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

##### (I) PRESCRIPCIÓN TRIENAL.

De otra parte el demandante se encuentra pensionado desde el 26 de febrero de 2008 de acuerdo a lo asegurado por el demandante- en la pretensión primera- En razón de lo anterior solicito se proceda a declarar en el evento de una supuesta prosperidad de las pretensiones, la prescripción trienal

Sobre el particular el H., Consejo de Estado ha dicho, en sentencia del 23 de septiembre del 2010. Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez,

*“ La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual esta fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. La Corte Constitucional frente a la prescripción de derechos, en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Uprimny Yepes, estableció los siguientes parámetros: “La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces. A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: “El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. ; (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;”. De*

**Martha Patricia Barrios Palencia.**

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808

Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763

Cartagena – Colombia

553  
90

Página 4 de 13

*acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo. “*

En el presente caso, es claro que el demandante ha podido interponer la acción desde febrero del 2011 y solo fue instaurada la demanda en junio del 2013, razón por la cual se debe declarar la acción de prescripción de las mesadas pensionales no cobradas dentro de la oportunidad, que para el presente caso es de tres (3) años conforme lo señala el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

## **(II).- 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. ...”*

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

Martha Patricia Barrios Palencia.

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808

Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763

Cartagena – Colombia

91

FONDO le corresponde al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

### III.- EXCEPCION INNOMINADA.-

Solicito, igualmente, se declare cualquiera otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en especial las de prescripción, caducidad, compensación y nulidad relativa.

### PRUEBAS Y ANEXOS

#### DOCUMENTALES QUE ANEXO:

- Poder para actuar, designación y posesión de la doctora YOLANDA ISABEL VEGA SALTAREN

### 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.

### NOTIFICACIONES

El representante legal del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, en la Ciudad de Cartagena de Indias, Manga, 4ª Avenida, edificio Gobernación de Bolívar.

La suscrita apoderado, en la secretaría del Tribunal o en la ciudad de Cartagena de Indias, Bocagrande, Cra 4 a No 4-97 Piso 1.-

Con el respeto acostumbrado,

MARTHA PATRICIA BARRIOS PALENCIA

C.C. 45.432.378 de Cartagena.

T.P. No 30.707 del C. S de la J.

DIRECCION S. DE ADMINISTRACION JUDICIAL  
CARTAGENA DE INDIAS  
OFICINA DE SERVICIOS

EN CARTAGENA DE INDIAS 21 NOV 2013 DIAS DEL  
RECIBIDO 21 NOV 2013  
MES DE \_\_\_\_\_ DEL AÑO 20\_\_\_\_ FUE PRESENTADO  
PERSONALMENTE POR Martha P. Barrios P.  
IDENTIFICADO CON C.C. 45432378 Cartagena.  
Y T.P. No. 30707 DEL C.S. DE LA J.

QUIEN RECONOCE COMO SUYOS QUE APARECE  
EN ESTE DOCUMENTO  
FIRMA Y SELLO

*Martha Patricia Barrios Palencia.*

*Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia*

*Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808*

*Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763*

*Cartagena – Colombia*

92

Página 6 de 13

Cartagena de Indias, Distrito T y C, noviembre del 2013

Doctor

MARIA MAGDALENA

JUEZ QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

Ciudad

**Referencia:** Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por NELVA DEL SOCORRO AHUMADA contra la NACION -- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARIA DE EDUCACION.

**Radicación:** 13 -001- 33-33-005-2013-00166-00

**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 YOLANDA ISABEL VEGA SALTAREN, 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 5 de septiembre del 2013, vence el 25 de noviembre 2013, razón por la cual este memorial de contestación de la demanda y de interposición de excepciones de fondo se presenta dentro de la oportunidad legal correspondiente., siendo festivos los días 7,8,14,15,21,22,28,29 de septiembre ; 5,6,12,13,14 de octubre del 2013; 2,3,4,9,10,11, 16 y 17 de Noviembre del 2013.

Martha Patricia Barrios Palencia.

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808

Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763

Cartagena – Colombia

93

## 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 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.

Martha Patricia Barrios Palencia.

Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808

Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763

Cartagena – Colombia

887  
94

Página 8 de 13

## 2.1 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

Tales argumentos encuentran además 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.

**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)”<sup>1</sup>*

*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,*

<sup>1</sup> 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

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808  
Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763  
Cartagena – Colombia

808

95

Página 9 de 13

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 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 2º. 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

487

96

*Martha Patricia Barrios Palencia.*

*Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia*

*Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808*

*Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763*

*Cartagena – Colombia*

Página 10 de 13

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:

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 peticionario 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

560

97

Martha Patricia Barrios Palencia.  
 Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia  
 Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808  
 Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763  
 Cartagena – Colombia

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.

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 es 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:

• Martha Patricia Barrios Palencia.

Abogada especializada en Derecho Administrativo y Familia

Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808  
Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763  
Cartagena – Colombia

561

98

Página 12 de 13

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 efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva<sup>2</sup>

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

<sup>2</sup> Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección "B", sentencia del 14 de febrero de 2013, radicado interno: 1048-12, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve.

562  
99

Martha Patricia Barrios Palencia.  
Abogada especializada en Derecho C Administrativo y Familia  
Centro, Edificio Banco Popular, Oficina 808  
Teléfono: 6601560 . 6550182 Móvil 3135321763  
Cartagena – Colombia

discutido en la sentencia, pueda resolverse en la primera audiencia, ya que no tiene sentido continuar el tramite 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

Mi mandante: Cartagena, Barrio de Manga, 4ª Avenida, edificio Gobernación de Bolívar.

El suscrito como apoderado judicial, recibe notificaciones en la Secretaría del Despacho y en mi oficina de abogado ubicada en esta ciudad en el edificio Banco Popular, oficina 808.

De los Señores Juez, con el respeto acostumbrado,

MARTHA PATRICIA BARRIOS PALENCIA  
C.C. 45.432.378 de Cartagena.  
T.P. 30.707 C. S. de la J.

DIRECCION S. DE ADMINISTRACION JUDICIAL  
CARTAGENA DE INDIAS  
OFICINA DE SERVICIOS

EN CARTAGENA DE INDIAS, 21 NOV 2013 DIAS DEL

MES DE RECIBIDO DEL AÑO 20 FUE PRESENTADO

PERSONALMENTE POR Martha P. Barrios P.

IDENTIFICADO CON C.C. 45432378, Cartagena.

Y T. P. No. 30707 DEL C.S. DE LA J.

QUIEN RECONOCE LA FIRMA EN ESTE DOCUMENTO

FIRMA Y SELLO

