



Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-005-2019-00259-00
Demandante	Astrid Margarita Torres Brieva
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.	056

### Antecedentes

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 19 de diciembre de 2019<sup>1</sup>.

La notificación a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se surtió el 22 de julio de 2020 mediante mensaje de datos dirigido al buzón de notificaciones judiciales dispuesto para tal fin<sup>2</sup>, de lo cual se observa acuse de recibo de la notificación electrónica.

La entidad demandada contestó la demanda mediante escrito radicado 23 de septiembre de 2020<sup>3</sup> y proponiendo excepciones, las cuales fueron objeto de traslado conforme al artículo 175 del CPACA, el 30 de noviembre de 2020<sup>4</sup>.

La parte demandante recorrió el traslado de excepciones mediante memorial presentado vía electrónica el 03 de diciembre de 2020<sup>5</sup>.

### II. Consideraciones

Que conforme lo dispuso el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021<sup>6</sup>, 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.

<sup>1</sup> Archivo 3 expediente digital.

<sup>2</sup> Archivo 4 expediente digital.

<sup>3</sup> Archivo 5 expediente digital.

<sup>4</sup> Archivo 9 expediente digital.

<sup>5</sup> Archivo 10 expediente digital.

<sup>6</sup> **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.





El artículo 101 del CGP<sup>7</sup>, 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 las de: 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, la genérica y la de prescripción.

Se advierte que solo tienen el carácter de previa la referida a la integración del litisconsorte, la de caducidad y la mixta de prescripción, procediendo el despacho a su estudio 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 conforme a lo dispuesto en el art. 61 del C.G. P, cuando alguno de los litisconsortes necesarios no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación; citando para el efecto una providencia del Consejo de Estado.

Solicita en consecuencia, la vinculación de la secretaria de educación departamental como litisconsorte necesario, en virtud de los actos administrativos allegados con la demanda, resolución N° 1594 del 18 de mayo de 2017 expedida por el ente territorial, aduciendo para ello la fecha de pago de cesantías parciales el 02 de febrero de 2017.

También cita el procedimiento especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005

#### **-Contrargumentos del demandante:**

---

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. (...)

<sup>7</sup> 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).





Solicitó se desestimen los argumentos de la demandada porque en el escrito de su demanda el Departamento de Bolívar ya se encuentra como vinculada.

Frente a esta excepción es preciso señalar lo siguiente:

La figura del Litis consorcio necesario<sup>8</sup> 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 la docente de vinculación nacional, ASTRID MARGARITA TORRES BRIEVA, ante la Secretaria de Educación Departamental, y afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado con la expedición de la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, el que tiene a su cargo el pago de la prestación económica de los docentes oficiales en general. Este fondo 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*

<sup>8</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Auto 05001233300020140005801 (14702015), jul. 27/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra





*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, que es la que tiene la representación judicial del Fondo.

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<sup>9</sup>, aduciendo que pese a que las secretarías de educación tienen como función en el trámite administrativo de reconocimiento de las prestaciones de los docentes a cargo del fondo, expedir el acto administrativo de reconocimiento prestacional, 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. 57<sup>10</sup> (PND) (vigente

<sup>9</sup> Archivo 3 expediente judicial – 19 de diciembre de 2019.

<sup>10</sup> 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.





apartir 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 la demandada, 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 causada presuntamente en el año 2017.

Todo lo dicho se precisó desde el auto admisorio de la demanda de fecha 19 de diciembre de 2019, donde en forma expresa se señaló 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.

También siguiendo el criterio que sobre este aspecto ha expuesto el H. Consejo de Estado al señalar que<sup>11</sup>: "*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 nacional y se encontraba afiliado al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, su pago entonces corresponde realizarlo al FOMAG, aun cuando el acto demandado haya sido expedido por el Secretario de Educación Departamental y/o Municipal, pues este se reitera lo efectúa en nombre y representación de la nación, razón por la cual se considera no prospera la excepción previa propuesta.

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.

<sup>11</sup> 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





### **-Caducidad**

El ente demandado cita la providencia 01393 del 01 de febrero de 2018 proferida por el Consejo de Estado. Además, indica que el aunque el reconocimiento de la sanción moratoria se deriva de una prestación periódica, la reclamación de dicha sanción se debe efectuar de forma específica, solicitando se acoja el Despacho a los criterios y argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado.

De otro lado, la parte demandante solicita no se declare la prosperidad de la excepción, aduciendo que en el presente asunto se demanda un acto ficto negativo el cual puede ser demandado en cualquier tiempo.

En cuanto al fenómeno de la caducidad, el legislador la instituyó como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejerzan en un término específico. Para esto las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

De manera que el fenómeno procesal de la caducidad opera *ipso iure* o de pleno derecho, es decir no admite renuncia y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial.

Sobre la oportunidad de la demanda, el despacho se pronunció ya en el auto admisorio de la demanda, allí indicó que la demanda fue presentada en oportunidad en razón a que el acto demandado es un acto ficto el cual conforme al artículo 164 ordinal 1º literal d del CPACA, puede ser demandado en cualquier tiempo.

Advierte el Despacho que la entidad demandada, confunde las razones de oportunidad de presentación de la demanda, pues en el presente asunto no se admitió por tratarse de una prestación periódica, sino por que el acto demandado es un acto ficto producto del silencio administrativo negativo, frente a la petición de sanción moratoria que presentara el demandante, de suerte que al tratarse de un acto ficto conforme se señaló en el párrafo anterior, la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo.

En los anteriores términos, el Despacho declarará no probada la excepción propuesta.

### **-Prescripción**





Sobre esta excepción, si bien tiene el carácter de mixta no se pronunciará el Despacho de ella por cuanto se tendrá como una excepción de mérito ya que se hace necesario el estudio de fondo del presente proceso.

En consecuencia, el Juzgado,

**RESUELVE:**

1. Declarar no probadas las excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario ni la de caducidad propuestas por la Nación-Ministerio de Educación-Fomag, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
2. Diferir para el fondo del asunto la excepción de prescripción, por lo expuesto.
3. Ejecutoriada la presente decisión, vuelva el proceso al despacho para el trámite que corresponda.
4. Reconocer personería a a Dra. Pamela Acuña Pérez<sup>12</sup>, 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 005 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

---

<sup>12</sup> [t\\_pacuna@fiduprevisora.com.co](mailto:t_pacuna@fiduprevisora.com.co)





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:

**81de71640dfd311fd39e2382f74516e2b5e159b72b412650d8afd02d24b16024**

Documento generado en 19/02/2021 11:09:23 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



SC23811-18

