



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-005-2019-00208-00
Demandante	María Iluminada de Arco Osuna
Demandado	Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto	Decide excepciones previas
Auto sustanciación No.	083

### Antecedentes

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 29 de octubre 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 no recorrió el traslado de excepciones.

### II. Consideraciones

Que conforme lo dispuso el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021<sup>5</sup>, modificatorio 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 2 expediente digital.

<sup>2</sup> Archivo 3 expediente digital.

<sup>3</sup> Archivo 6 expediente digital.

<sup>4</sup> Archivo 10 expediente digital.

<sup>5</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.

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. (...)





Que el artículo 101 del CGP<sup>6</sup>, dispone que las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas deberán ser resueltas previo a la realización de la audiencia inicial.

El Ministerio de Educación- Fomag propuso como excepciones: no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, culpa exclusiva de un tercero por aplicación de la Ley 1955 de 2019, improcedencia de reconocimiento de sanción moratoria por ser beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, prescripción, ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad, improcedencia de la indexación y/o actualización monetaria de la sanción moratoria, improcedencia de condena en costas, condena con cargo a título de tesorería del Ministerio de Hacienda y crédito Público y la genérica.

Tiene carácter de excepción previa la referida a la integración del litisconsorte.

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 todo lo litisconsortes necesarios:** Argumenta la entidad demandada que el demandante infringió lo preceptuado en los artículos 100 y 61 del C.G. P, como quiera que no fue demandada la secretaria de educación que expidió la resolución mediante la cual se reconoció el respectivo pago de cesantías definitivas.

Cita como argumentos de la excepción varias providencias del Consejo de Estado y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 – Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

Que la secretaria de Educación del ente territorial es el responsable del pago de la sanción moratoria.

Solicita, en consecuencia, la vinculación de la secretaria de educación departamental como litisconsorte necesario.

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

La parte demandante no se pronunció.

Frente a esta excepción es preciso señalar lo siguiente:

---

<sup>6</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).





La figura del Litis consorcio necesario<sup>7</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 unas cesantías parciales solicitadas por el docente de vinculación nacionalizada MARÍA ILIMUNADA ARCO OSUNA, ante la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar 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.”*

De la citada legislación se advierte con claridad que las prestaciones sociales del personal docente nacional o nacionalizado están a cargo de la Nación a través del

<sup>7</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Auto 05001233300020140005801 (14702015), jul. 27/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra





citado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque fue creado precisamente con el fin 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<sup>8</sup>, 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. 57<sup>9</sup> (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.

<sup>8</sup> Archivo 2 expediente judicial – 29 de octubre de 2019.

<sup>9</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.

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.







Razones por las cuales no se configura el litis consorcio necesario a que se 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 2013.

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.

Ello también conforme a lo ha entendido el H. Consejo de Estado al señalar que<sup>10</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 la demandante era docente nacionalizada y se encontraba afiliada 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.

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

### **-Prescripción**

Sobre esta excepción, no se pronunciará el Despacho en este auto por la modificación que al respecto introdujo la ley 2080 de 2020, diferente a la regulación que a su vez hace el Decreto 806 de 2020. Modificación que solo permite su

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veintitres (23) de mayo de dos mil dos (2002).- Radicación No. 1423 Consejero ponente: César Hoyos Salazar





pronunciamiento en sentencia anticipada<sup>11</sup> o la que termina el proceso después de todas las etapas del mismo.

Reconocimiento de personería jurídica al apoderado principal del ente demandado conforme a conforme al Poder General otorgado mediante Escritura Pública No. 522 de 28 de marzo de 2019, protocolizada en la notaria 34 del círculo de Bogotá, aclarada por la escritura pública No. 0480 de 03 de mayo de 2019, protocolizada en la notaria 28 del círculo de Bogotá, finalmente aclarada por la escritura pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, protocolizada en la notaria 28 del círculo de Bogotá.

Y a la apoderada sustituta conforme al poder de sustitución obrante en el proceso.

En consecuencia, el Juzgado,

### RESUELVE:

1. Declarar no probada la excepciones 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 el trámite que corresponda.
3. Reconocer personería a la 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:**

<sup>11</sup> Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:  
(...)

3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.

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





**MARIA MAGDALENA GARCIA BUSTOS**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 005 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

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:

**e7acc867557e14b72e0a07f2f9228c6cf318cabbf5c12c2b636fea3b9ff61550**

Documento generado en 16/03/2021 11:33:39 AM

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



20210113-03