**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA**
**SALA SEGUNDA DE ORALIDAD**
**MAGISTRADO PONENTE: GONZALO ZAMBRANO VELANDIA**

Medellín, Veintinueve (29) de mayo de dos mil trece (2013)

| | |
|---|---|
| **REFERENCIA:** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL** |
| **DEMANDANTE:** | **FABIOLA GÓMEZ HERNÁNDEZ** |
| **DEMANDADO:** | **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** |
| **RADICADO:** | **05 001 33 33 023 2012 00076 01** |
| **INSTANCIA:** | **SEGUNDA** |
| **PROVIDENCIA:** | **AUTO INTERLOCUTORIO No 117** |
| **ASUNTO:** | **RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN** |

Procede la Sala Segunda de Oralidad a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la decisión proferida, en audiencia inicial, por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo Oral del Circuito de Medellín, el día doce (12) de abril de dos mil trece (2013), por medio de la cual no se accedió a la prosperidad de las excepciones de "*no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios"* y de *"falta de legitimación en la causa por pasiva*", propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## ANTECEDENTES

### 1. HECHOS DE LA DEMANDA

La señora **FABIOLA GÓMEZ HERNÁNDEZ**, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, pretendiendo que se declarara la nulidad parcial de la Resolución Nº 2013 del trece (13) de junio de 2006, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor de la demandante, y la nulidad total de los oficios Nº 031/2009 del veintitrés (23) de abril de 2009 y 0036/2010 de nueve

(9) de febrero de 2010, mediante los cuales se atendió desfavorablemente su solicitud de revisión y ajuste de la pensión de jubilación, con la totalidad de los factores salariales devengados y certificados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se declare que la accionante tiene derecho a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca, liquide y pague el valor correspondiente a la revisión de la liquidación de la Pensión de Jubilación, en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario total devengado en el año anterior a la fecha de adquisición de su status pensional.

## 2. TRÁMITE PROCESAL

Correspondiéndole por reparto al Juzgado Veintitrés (23) Administrativo Oral del Circuito de Medellín, el Despacho profirió auto del día primero (1) de agosto de dos mil doce (2012), inadmitiendo la demanda y ordenando subsanar los defectos que presentaba, relacionados con la presentación de las copias auténticas de los actos administrativos acusados; una vez cumplidos los requisitos por la apoderada de la parte demandante, el Juzgado de Conocimiento por auto del día veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012), procedió a admitir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, ordenando surtir la correspondiente notificación y traslado a la entidad accionada NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

A la accionada se le envió la condigna comunicación, con los anexos del caso. – *Folios 51 a 53*-. Posteriormente, la entidad demandada presenta escrito de contestación de demanda y los antecedentes administrativos de los actos administrativos demandados.

## 3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

De conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en audiencia inicial celebrada el día doce (12) de abril de dos mil trece (2013), la Juez de Primera Instancia negó la prosperidad de las excepciones de las excepciones de "*no comprender la demanda de todos los litisconsortes necesarios"* y de *"falta de legitimación en la causa por pasiva*", solicitadas en la contestación de la demanda por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para llegar a la anterior decisión, consideró la Juez de Primera Instancia que el conflicto jurídico a resolver en el caso objeto de estudio versaba sobre los factores salariales que deben tenerse en cuenta al liquidar la pensión de jubilación de un docente.

Advirtió que, la competencia del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del personal docente se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que la emisión del acto administrativo por medio del cual se confiere lo efectúa un servidor territorial, pero siempre en nombre y representación de dicho fondo.

En razón de lo anterior, concluyó la *A quo* que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien profirió el acto administrativo demandado y, en consecuencia, es quien está llamado a ser sujeto por pasiva en la presente demanda y asumir la defensa del mismo.

## 4. RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada del orden nacional interpuso recurso de apelación en la misma audiencia, en contra de la decisión de negar la prosperidad de las excepciones de "*no comprender la demanda de todos los litisconsortes necesarios"* y de *"falta de legitimación en la causa por pasiva*". Para fundamentar su impugnación, citó la normatividad vigente en materia del servicio de educación, esto es, las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, frente a la competencia de las entidades territoriales en el sector docente.

Advirtió que, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 suprimió las funciones del Delegado del Ministerio de Educación Nacional ante las entidades territoriales y, en razón a ello, el principio de coordinación en cuanto a la expedición de los actos administrativos mediante los cuales se conceden prestaciones sociales de los docentes, pasó a ser una obligación de las entidades territoriales.

Concluyó que, quien está obligado a expedir los actos administrativos que deciden las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes y a defender los argumentos en ellos contenidos son los representantes legales de los entes territoriales, quienes envían el proyecto de acto a la Fiduciaria la Previsora S.A. para su aprobación, y el cual finalmente es devuelto para su firma.

La parte demandante, por intermedio de su apoderada judicial, en el traslado correspondiente del recurso, manifiesta que existe norma expresa que otorga al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la responsabilidad de las prestaciones sociales del sector docente, para lo cual cita varias normas, como el Decreto 1775 de 1990 y las Leyes 115 de 1988 y 62 de 1995.

Aduce que, a pesar de que el trámite deba hacerse ante la entidad del orden territorial, de acuerdo al último lugar de servicios de quien solicita la prestación, el llamado a responder por determinada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien además aprueba el proyecto que la reconoce, siendo afectado finalmente su patrimonio económico.

Advierte que, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el mismo, mediante la aprobación del proyecto de la resolución que expide el respectivo ente territorial.

## 5. CONSIDERACIONES

El Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se encuentra consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual tiene como finalidad que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y se le restablezca el derecho.

Ahora bien, el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagró todo lo relacionado con la audiencia inicial, en donde en el numeral sexto, se indicó que en la mencionada audiencia se resolverían las excepciones. La citada norma dispone:

> *"Artículo 180. Audiencia Inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *(...)*
>
> *6. Decisión de excepciones previas.*
> *El juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción*
>
> *Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.*
>
> *Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.*
>
> *El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso."*

De igual forma, en el artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se reguló el trámite pertinente del recurso de apelación en contra de autos proferido en primera instancia, en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.*
>
> *2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.*
>
> *3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.*
>
> *4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso".*

## 5.1. PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES

Mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando:

> *"ARTÍCULO 3º. "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.*
>
> *El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."*
>
> *ARTÍCULO 9º. Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través*

*del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales".*

En el artículo 9º anteriormente mencionado de la Ley 91 de 1989 se ordenó la delegación de funciones, con respecto al reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado, de tal manera que las ejercieran las entidades territoriales, como representantes del Ministerio de Educación Nacional.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley 489 de 1998 artículo 10º y siguientes, cuando de la delegación se trata, se tiene que se exime de responsabilidad al delegante, la cual se traslada exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones legales.

No obstante lo anterior, en los procesos donde se interponen demandas en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de solicitar la reliquidación de las pensiones de los docentes, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, el Consejo de Estado ha venido advirtiendo que dicha entidad si tiene legitimación en la causa por pasiva frente a las aludidas pretensiones, por cuanto, en virtud del artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, el Legislador le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales, a pesar de que es el ente territorial respectivo el que expide el acto administrativo por medio del cual se reconocen dichos derechos. Al respecto, en sentencia reciente, consideró:

*"(...) 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 (...)"*[1]

De otro lado, el Decreto 1775 de 1990, por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispone el trámite de reconocimiento de prestaciones, el siguiente:

***"Artículo 5º.- Recepción de Solicitudes**. Las solicitudes relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas del Magisterio, serán radicadas en la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional.*
*La documentación sólo será radicada si llena los requisitos establecidos en las normas reglamentarias.*

***Artículo 6º.- Estudio de Solicitudes**. Una vez radicada la solicitud, la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional, procederá a realizar el estudio de la documentación.*

***Artículo 7º.- Liquidación.** Realizado el estudio de la documentación, se procederá a efectuar la liquidación respectiva con el visto bueno de la entidad fiduciaria.*

***Artículo 8º.- Reconocimiento.** Efectuada la liquidación, el delegado Permanente del Ministerio (sic) ante el Fondo Educativo Regional, expedirá la resolución de reconocimiento.*

***Artículo 9º.-** El Ministerio de Educación Nacional mediante resolución adoptará los formatos para registro y archivo de solicitudes y la resolución de reconocimiento de prestaciones sociales."*

Así mismo, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994, mediante la cual se expide la Ley General de Educación, en el artículo 180 dispone:

*"ARTÍCULO 180. RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales".*

Respecto del trámite de las solicitudes de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Decreto 2831 de 2005, estableció el siguiente procedimiento:

---

[1] SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, 14 de febrero de 2013. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12).

*"ARTÍCULO 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria 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 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 ésta 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 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 no más 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 de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: 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 SEGUNDO: 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 la misma manera, la Ley 962 del 8 de julio del 2005, sobre el trámite a seguir frente a la presentación de reconocimiento de prestaciones sociales ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reguló:

*"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".*

**5.2. CASO CONCRETO**

En el caso que nos ocupa, la entidad demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la contestación a la demanda, propuso las excepciones de "*falta de legitimación en la causa por pasiva"* y "*no comprender la demanda de todos los litisconsortes necesarios"*, contemplada en el artículo 180 numeral

sexto del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, excepción que fue resuelta en la audiencia inicial.

Por su parte, el *A Quo*, al negar la prosperidad de las excepciones propuestas, indicó que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, si tenía legitimación en la causa por pasiva, por cuanto, la competencia del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del personal docente se encuentra a cargo de dicho fondo, a pesar de que la emisión del acto administrativo por medio del cual se confiere lo efectúa el ente territorial al cual se encuentra adscrito el docente; no siendo necesario entonces la vinculación del Departamento de Antioquia.

Respecto a la legitimación en la causa por pasiva, como presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito, el Consejo de Estado ha indicado:

> *"En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra".*[2]

Ahora bien, de conformidad con las consideraciones jurisprudenciales y normativas que anteceden, el Despacho observa que la entidad responsable del eventual reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada por la parte demandante es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del representante legal del Ministerio de Educación Nacional a nivel territorial, lo cual se observa desde el mismo encabezado del acto administrativo demandado y visible a folios 20 y 21 del

[2] Consejo de Estado, Sentencia del 25 de marzo de 2010. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08).

expediente, en el que se indica que el mismo es expedido por el Representante de la Secretaría de Educación del ente territorial *en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,* en ejercicio de sus facultades y en especial las que le son conferidas por la normatividad anotada; así mismo, en la parte resolutiva del acto administrativo demandado menciona que el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la actora estará a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este orden de ideas, puede decirse que, en el presente asunto, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- si estaría legitimada para comparecer en juicio y resistir las pretensiones de la parte accionante. En este sentido, el mencionado reconocimiento estaría a cargo eventualmente del citado Fondo, como cuenta especial de la Nación, *con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica*, cuya representación se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Es de advertir que, los entes territoriales actúan como unos meros facilitadores para que los docentes nacionalizados y nacionales tramiten el reconocimiento y pago de su pensión, la cual, por ley, se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues, si bien éstos elaboran los proyectos de actos administrativos de reconocimiento de pensión de los mencionados docentes, y posteriormente con la aprobación de la Fiduciaria encargada de la administración de los recursos del citado fondo, los suscriben es en representación de dicho fondo por mandato de la ley.

Si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento para la elaboración de los actos administrativos, mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales, que para el caso es la reliquidación por factores salariales de una pensión de jubilación ya reconocida, en el que intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece el docente peticionario y la respectiva sociedad fiduciaria, también lo es 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, al advertir *"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."*

En consideración a lo expuesto, el Despacho confirmará la decisión de negar la prosperidad de la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva*", proferida en audiencia el doce (12) de abril de dos mil trece (2013), por parte de la Juez Veintitrés (23) Administrativa Oral del Circuito de Medellín.

No obstante lo anterior, respecto a la excepción previa de "*no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios"* debe anticipar este Despacho que la misma si prosperará, por considerarse necesaria para resolver de mérito la presencia del ente territorial al cual se encontraba vinculada en calidad de docente la demandante, esto es, el Municipio de Envigado – Antioquia, en el extremo pasivo de la relación procesal, como se pasará a explicar.

Tal y como lo ha venido advirtiendo el Consejo de Estado, en las diferentes sentencias donde se ha ordenado la reliquidación de la pensión de los servidores públicos con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, a pesar de que sobre los mismos no se hayan efectuado los aportes de ley, siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar, a fin de proteger el erario público y en pro de la sostenibilidad del sistema pensional. Al respecto, consideró:

> ***"d) De las finanzas públicas***
>
> *En materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se ha observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es el referente a los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público e inversión social.*
>
> *Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.*
>
> *En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.*
>
> *Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.*
>
> *En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho."*[3]
> (Resaltos por fuera del texto original)

[3] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

Ahora bien, para este Despacho, es claro que la obligación de los aportes que durante la relación laboral se efectúan como requisito indispensable para acceder a tales beneficios no sólo son obligación del trabajador, sino también de su empleador, razón por la cual, al momento de reconocerse la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios o en el anterior a la adquisición del status de pensionado, el aporte de los mismos debe exigirse al beneficiario de dicha pensión y al que fue su empleador, en los respectivos porcentajes que establece la Ley.

De conformidad con el libelo petitorio y las pruebas allegadas al plenario, la accionante pretende se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de la adquisición del estatus de pensionada, esto es, primas de vida cara, de vacaciones y de navidad – *folios 20 a 22 y 31 a 32* –.

En este orden de ideas, se tiene que dentro de los factores que pretende la parte actora se le tengan en cuenta a efectos de reliquidar su pensión de jubilación, se encuentra la prima de vida cara, la cual, como se ha venido sosteniendo en diferentes fallos de esta Corporación y del Consejo de Estado, es de creación extralegal y de reconocimiento por parte del respectivo ente territorial al cual se encuentra adscrito el docente.

Corolario a lo anterior, en el hipotético caso de que la sentencia que ponga fin al proceso de la referencia acceda a las pretensiones del libelo petitorio, en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante con todos los factores salariales devengados por ella, inclusive la prima de vida cara, sería necesario entrar a determinar en la misma cuáles aportes deberían ser efectuados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, en calidad de empleador, y cuáles por el ente territorial al cual se encontraba vinculada en calidad de docente la accionante, de conformidad con el reconocimiento y pago que hizo de dicho factor extralegal.

Lo anterior, por cuanto los factores creados por ley, en sentido formal, son los provenientes del Legislador, es decir los creados por el Congreso, por existir en esa materia reserva legal, desde antes de la Constitución de 1991, como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado[4], careciendo de competencia las autoridades locales para su creación, a través de Acuerdos Municipales y Ordenanzas Departamentales, dada la prevalencia del principio de unidad nacional, y en todo caso, de ser creados por las mismas, dichos factores se

[4] Cfr. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012). REF.: EXPEDIENTE No. 05001233100020050097 1 01 No. INTERNO: 1865-2011 y SUBSECCION "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00076-01(2055-10),

considerarían factores salariales extralegales, contrarios al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el Despacho revocará la decisión de negar la prosperidad de la excepción de *"no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios*", proferida en audiencia el doce (12) de abril de dos mil trece (2013), por parte de la Juez Veintitrés (23) Administrativa Oral del Circuito de Medellín, y, en su lugar, se declarará probada la misma, teniendo en cuenta que, el Municipio de Envigado – Antioquia, entidad a la cual se encontraba vinculada la demandante en calidad de docente y el cual efectuó el reconocimiento y pago de la prima de vida cara, como factor extralegal, debe ser llamado a integrar el extremo pasivo en el proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA SEGUNDA DE ORALIDAD**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFÍRMAR** la decisión del Juzgado Veintitrés (23) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Medellín, adoptada en audiencia inicial del doce (12) de abril de dos mil trece (2013), mediante la cual se negó la prosperidad de la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva*", propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** la decisión del Juzgado Veintitrés (23) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Medellín, adoptada en audiencia inicial del doce (12) de abril de dos mil trece (2013), mediante la cual se negó la prosperidad de la excepción de *"no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios*" y, en su lugar, se declarará probada la misma.

**TERCERO:** En firme la presente decisión **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado Veintitrés (23) Administrativo Oral del Circuito de Medellín, para continuar el trámite del proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GONZALO ZAMBRANO VELANDIA**
**MAGISTRADO**