



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 10 SEP 2020<sup>1</sup>

AUTO No. 218.

MAGISTRADO PONENTE: OMAR EDGAR BORJA SOTO

ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE:	76-001-33-33-020-2019-00035-01
DEMANDANTE:	NIDIA SINISTERRA HERNANDEZ
DEMANDADO:	NACIÓN-MINEDUCACION- FOMAG Y OTROS
ASUNTO	APELACIÓN DE AUTO – CONFIRMA AUTO QUE DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – Municipio de Cali.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se procederá a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada, contra la decisión tomada por el Juzgado Veinte Administrativo Oral de Cali en la audiencia inicial llevada a cabo el 12 de febrero de 2020, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y la integración de litisconsorte necesario por pasiva.

II. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA la señora Nidia Sinisterra Hernández, demandó al FOMAG y al Municipio de Santiago de Cali para que se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 6 de noviembre de 2018, como consecuencia del silencio administrativo en que incurrió la entidad al no dar respuesta oportuna a la petición presentada el 6 de agosto de ese mismo años, a través del cual, se solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

Solicita como restablecimiento del derecho, se declare que la demandante tiene derecho a que el FOMAG pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en virtud a lo dispuesto en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006.

III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:

Mediante auto interlocutorio proferido por el Juzgado Veinte Administrativo de Cali en la audiencia inicial del 12 de febrero de 2020<sup>1</sup>, **declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Municipio de Santiago de Cali**. Los argumentos expuestos fueron los siguientes:

*“Respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Municipio de Santiago de Cali, se expondrá lo siguiente:*

<sup>1</sup> Folio 78-80



*Por intermedio de la Ley 91 de 1989, se creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*

*De conformidad con el artículo 5.1, el FOMAG paga las prestaciones sociales del personal afiliado.*

*A través del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 o Ley anti trámites, se dispuso que las prestaciones sociales que pagará el FOMAG, serían reconocidas por el citado fondo mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre (Fiduprevisora S.A.), 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 precepto citado fue reglamentado por el Decreto 2831 de 2005, norma que, contempló el trámite para las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas a favor de docentes.*

*El Consejo de Estado luego de citar las normas traídas a colación, llegó a la conclusión de que si bien en el proceso de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes oficiales, intervienen tanto la entidad territorial como la fiduciaria que la administra, estos intervienen como meros intermediarios, pues el citado artículo 56 es claro en señalar que el FOMAG conservó su competencia para el reconocimiento de tales prestaciones.*

*Por consiguiente, forzoso es deducir que cuando la Secretaría de Educación respectiva, expide el acto administrativo de reconocimiento prestacional y la Fiduciaria La Previsora S.A., lo aprueba o imprueba, y realiza el pago consecuente, debido a que es la encargada del manejo y administración de los recursos del FOMAG, **tales actuaciones las realiza a nombre y representación del citado Fondo, siendo este el único responsable de pagar tales rubros a los docentes afiliados.***

#### IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El apoderado judicial del FOMAG, presentó recurso de apelación contra la decisión tomada por el Juzgado Veinte Administrativo de Cali, argumentado (min 10:50 a 12:32):

*"La Ley 1955 en su artículo 57 establece que los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solo pueden ser destinados para garantizar el pago de prestaciones económicas sociales y existenciales de sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios, no puede decretarse el pago de indemnizaciones por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del FOMAG y además de eso, en su parágrafo establece que la entidad territorial debe ser responsable del pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías en aquellos eventos en que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de cesantías por parte de la Secretaría de Educación Territorial al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en estos eventos el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solo será responsable del pago de las cesantías, en ese sentido considero que existe una relación ostensible **entre el fondo y la entidad territorial** llamada en el presente proceso debido a que **las dos hacen parte de la elaboración, proyección y aprobación del acto administrativo que se ataca de nulidad** o el que reconoce las cesantías para el caso concreto, razón por la cual el FOMAG lo que hace es una revisión de lo que proyecta la entidad territorial, considero que esta deben mantenerse hasta el final del proceso cuando en la sentencia se establezca que en efecto no existe una responsabilidad y que la mora no se generó por la demora de la entidad territorial..."*



91

## V. CONSIDERACIONES:

### 5.1. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, el auto mediante el cual se niega la intervención de terceros es susceptible del recurso de apelación, siendo competente en segunda instancia el Tribunal para desatar el mismo. La norma en comento señala lo siguiente:

*“Art. 243.- Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

*(...)*

*7. El que niegue la intervención de terceros.”*

### 5.2. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer:

Corresponde a este Despacho determinar si en el presente asunto se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Santiago de Cali.

### 5.3 TESIS DEL DESPACHO

El Despacho confirmará la decisión apelada, ya que, en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.

### 5.4 CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 320<sup>2</sup> del C.G.P, aplicable por remisión del artículo 306<sup>3</sup> del CPACA, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, pronunciándose solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.

A su turno, el artículo 328 ibídem dispone entre otros aspectos que: *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

Del tenor literal de la norma en cita, concluye el Despacho que la voluntad del legislador es que, en virtud del recurso de apelación el superior estudie y revise la

<sup>2</sup> Artículo 320. Fines de la apelación.

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

<sup>3</sup> ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

decisión proferida por el *a quo*, pero con una característica especial, y es que dicha instancia se limita a aquellos precisos cargos expuestos por el recurrente al sustentar su inconformidad, los cuales, se encuentran limitados, en virtud de la congruencia, a lo decidido por el juez en primera instancia.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no reguló la figura del litisconsorte necesario y la integración del contradictorio, por tanto, debemos remitirnos a las normas del Código General del Proceso, tal como lo indica el artículo 227, el cual dice: *"En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil."*

Por su parte, el artículo 61 del Código General del Proceso, consagra lo relativo al litisconsorcio necesario y la integración del contradictorio, de la siguiente forma:

**"Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.**

*Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

*En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.*

*Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.*

*Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.*

*Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio."*

Frente a ello, es de indicar que El H. Consejo de Estado<sup>4</sup> refiriéndose a la figura del litisconsorcio necesario, consideró lo siguiente:

*"...Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos. La vinculación de quienes conforman el litisconsorcio necesario podrá hacerse dentro de la demanda, bien obrando como demandantes o bien llamando como demandados a todos quienes lo integran y en el evento en que el juez omita citarlos, debe declararse la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda (numeral 8 del artículo 140 del C. de P. Civil). Si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vincularlos en el auto admisorio de la demanda o en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, y de no hacerlo debe declararse la nulidad de una parte del proceso o a partir de la sentencia de primera instancia (numeral 9 ibídem), con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tengan la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses, dado que la sentencia los*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sentencia del 23 febrero de 2012, Radicación No. 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810).

*puede afectar."*

Por lo tanto, se concluye que el litisconsorcio es necesario siempre que la decisión que llegare a adoptarse en la sentencia correspondiente, pueda llegar a beneficiar o afectar a alguna de las partes que necesariamente debió intervenir en el proceso, sin la cual no se podrá emitir pronunciamiento de fondo.

En el presente proceso se tiene que la señora Nidia Sinisterra Hernández presentó demanda contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el objeto de solicitar la nulidad del acto ficto o presunto que nació del silencio negativo al no dar respuesta oportuna a la petición elevada el 6 de agosto de 2018. El *A-quo* a través del auto nro. 249 del 22 de marzo de 2019<sup>5</sup> por el cual admitió la demanda, vinculó al Municipio de Santiago de Cali, que al contestar la demanda propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva<sup>6</sup>.

En este orden de ideas y con el objeto de analizar la necesidad de la desvinculación del ente territorial, resulta pertinente citar lo que establecen los **artículos 2 y 3 del Decreto No. 2831 del 16 de agosto del 2001**, respecto del trámite que debe darse a las solicitudes prestacionales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

**ARTÍCULO 2°. 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 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 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.**

<sup>5</sup> Folio 28 del expediente.

<sup>6</sup> Folio 50 del expediente.

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 petionario 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 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 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.

**PARAGRAFO 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.

**PARAGRAFO 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**.

De acuerdo con la normatividad anterior, infiere el Despacho que los docentes deben radicar ante la Secretaría de Educación de la entidad territorial correspondiente las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales que estén a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual a su vez deberá elaborar el respectivo acto administrativo de reconocimiento para remitirlo a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, con el objeto de obtener de dicha entidad la transferencia de los dineros correspondientes al pago.

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>7</sup> en jurisprudencia reciente de la siguiente forma:

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sección segunda, Subsección B, sentencia del 2 de octubre de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 20001-23-33-000-2014-00119-01(3432-16).

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad competente para reconocer y pagar las prestaciones de sus docentes afiliados, como lo indica el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, así:

**“ARTÍCULO 5.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

(...)”.

A su turno, el Decreto 1775 del 3 de agosto de 1990<sup>8</sup>, expedido por el Presidente de la República, en los artículos 5, 6, 7 y 8 reglamentaba el trámite para las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio. Sin embargo, posteriormente, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005<sup>9</sup> dispuso que las prestaciones sociales son reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial Certificada donde está vinculado el docente.

A partir de la lectura de estas normas, la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que el **Fondo** tiene la función de (i) **aprobar el acto que reconoce y de (ii) pagar la prestación del docente**. También se ha destacado que la Secretaría de Educación del ente territorial actúa en nombre del fondo, el cual, por ende, no está legitimado por pasiva frente al reconocimiento y pago de las cesantías, pues solo tiene a su cargo la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento que sea aprobado por la entidad fiduciaria, siendo el fondo quien concreta el pago. Así se consideró en el auto del 26 de abril de 2018 al indicar lo siguiente:

“(…) en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, **no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.**”<sup>10</sup>.

En consecuencia, en vista que **el pago de las cesantías le compete exclusivamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, esté también debe cancelar la sanción moratoria**. Por este motivo, la Sala mantendrá la posición respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación decretada por el Tribunal Administrativo del Meta”

En este orden de ideas, claramente puede inferirse que en el presente proceso es necesaria la comparecencia del Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto es esta la entidad que ordena el pago de las sumas que le presente la Secretaría de Educación correspondiente, luego de efectuar el reconocimiento de las prestaciones sociales que halle configuradas a favor de los peticionarios.

<sup>8</sup> “por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de que trata la Ley 91 de 1989”.

<sup>9</sup> “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”. “ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará 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”.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 68001-23-33-000-2015-00739-01 (0743-2016).

RADICACIÓN  
Medio de control  
Demandante  
Demandado

: 2019-00035-01  
: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
: NIDIA SINISTERRA HERNÁNDEZ  
: FOMAG Y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

8

Significando lo anterior que, en caso de que se declare la nulidad del acto administrativo demandado, será el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el que deberá girar las sumas de dinero necesarias para efectos de que el ente territorial efectúe el pago, razón por la cual, **no es necesaria la comparecencia del Municipio de Santiago de Cali** al presente asunto, motivo por el cual se confirmará la providencia apelada.

Por tanto, el Despacho confirmará el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Veinte Administrativo Oral de Cali en la audiencia de inicial del 21 de febrero de 2020. En consecuencia, se;

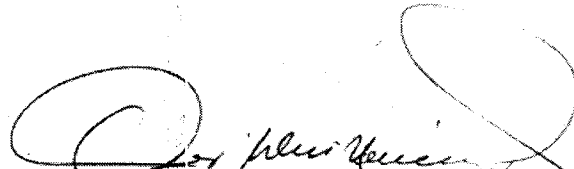
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto interlocutorio proferido en audiencia de inicial del 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinte Administrativo Oral de Cali, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En firme la presente decisión, remítase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los Magistrados,

  
ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

  
EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

  
OMAR EDGAR BORJA SOTO

Vc.Bo Secretario

17SEP2020 PM 1:37 TAU-1