



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Sección Segunda – Subsección “C”

Calle 24 No. 53-28, Of 1-11, Torre C, Bogotá, D.C.
rmemorialessec02sctadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

TRASLADO EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 04 de Mayo de 2022

EXPEDIENTE : 25000234200020210085800
DEMANDANTE : AUGUSTO MARQUEZ GARCIA
DEMANDADO : GOBERNACION DE CUNDINAMARCA -
SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE
CUNDINAMARCA
MAGISTRADA : Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

La suscrita **OFICIAL MAYOR**, con funciones de **SECRETARIA**, en uso de las facultades otorgadas en el Artículo 175, parágrafo 2 del C.P.A.C.A.; y vencido el término para contestar demanda, otorgado en el Artículo 199 del C.P.A.C.A, modificado por el Artículo 612 del C.G.P., procede a:

Correr **TRASLADO EXCEPCIONES**, por el término de **TRES (3) DIAS** hábiles, de conformidad con el artículo 110 del C.G.P., este término empezará a correr a partir del día siguiente de esta fijación.


GRASE ADRIANA AMAYA MEDINA
Oficial Mayor con funciones de Secretaria

SEÑORES
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN C
M.P.: AMPARO OVIEDO PINTO

REF.: RAD. 250002342000202100858
DEMANDANTE: AUGUSTO MÁRQUEZ GARCÍA
DEMANDADOS: GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA

JOSÉ MARÍA DE BRIGARD ARANGO, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de APODERADO de la **GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA**, con el habitual respeto, me dirijo a su despacho para presentar CONTESTACIÓN DE DEMANDA, de conformidad con lo establecido en el artículo 172 de la ley 1437 de 2011.

I. A LAS PRETENSIONES

DE LA PRIMERA A LA QUINTA: Me **OPONGO**, en lo concerniente al Departamento de Cundinamarca y, en consecuencia, solicito sean **NEGADAS** en su totalidad por su despacho, en razón a que mi representada no es la llamada a responder por el acto administrativo demandando, por las razones que se exponen en el presente memorial.

II. A LOS HECHOS

AL PRIMER HECHO: Es cierto de conformidad con los documentos aportados con la demanda.

AL SEGUNDO HECHO: Es parcialmente cierto, en cuanto a la fecha de muerte de la señora NANCY SUÁREZ RODRÍGUEZ. No me consta lo relativo a la causa de muerte y no es relevante para el objeto del litigio.

AL TERCER HECHO: Es cierto de conformidad con los documentos aportados con la demanda.

AL CUARTO HECHO: No es un hecho. Se trata de una apreciación subjetiva del demandante.

AL QUINTO HECHO: Es cierto de conformidad con los documentos aportados con la demanda.

AL SEXTO HECHO: Es parcialmente cierto, conforme a los documentos aportados con la demanda, en cuanto a la resolución que le negó al demandante la sustitución de la

pensión vitalicia de jubilación. En lo demás se trata de apreciaciones subjetivas del demandante.

AL SÉPTIMO HECHO: Es cierto de conformidad con los documentos aportados con la demanda.

AL OCTAVO HECHO: Es parcialmente cierto, conforme a los documentos aportados con la demanda, en cuanto a la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante. En lo demás se trata de apreciaciones subjetivas del demandante.

AL NOVENO HECHO: Es parcialmente cierto, conforme a los documentos aportados con la demanda, en cuanto a la resolución que reconoció una pensión de gracia al demandante. En lo demás se trata de apreciaciones subjetivas del demandante.

AL DÉCIMO HECHO: No es un hecho. Se trata de una apreciación subjetiva del demandante.

AL UNDÉCIMO HECHO: No me consta, por lo que deberá ser demostrado en el proceso.

AL DUODÉCIMO HECHO: No me consta, por lo que deberá ser demostrado en el proceso.

AL DÉCIMOTERCER HECHO: Es parcialmente cierto, conforme a los documentos aportados con la demanda, en cuanto a la resolución que le negó al demandante la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación. En lo demás se trata de apreciaciones subjetivas del demandante.

AL DÉCIMOCUARTO HECHO: No es un hecho. Se trata de un recuento de las declaraciones extra-juicio aportadas con la demanda.

AL DÉCIMOQUINTO HECHO: No me consta, por lo que deberá ser demostrado en el proceso.

AL DÉCIMOSEXTO HECHO: No es un hecho. Se trata de una afirmación referida al derecho de postulación del apoderado de la parte demandante.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

En el caso objeto de la litis las pretensiones de la demanda buscan la declaratoria de nulidad de las resoluciones No. 000029 de 7 de enero de 2021 y 000684 de 10 de junio de 2021, mediante las cuales la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, NEGÓ el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación, causada por el fallecimiento de la docente NANCY SUÁREZ RODRÍGUEZ, reclamada por el demandante y la señora EMPERATRIZ RODRÍGUEZ DE SUÁREZ.

Adicionalmente, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se pretende, a título de restablecimiento del derecho, que se condene a mi representada a reconocer y pagar

la pensión de sobreviviente al demandante, cancelar las mesadas atrasadas desde el 3 de marzo de 2019 y realizar la indexación de todos los valores a cancelar. Igualmente, solicita que el Departamento sea condenado en costas y agencias en derecho.

A continuación, se presentan las razones de hecho y de derecho que sustentan la defensa de la entidad:

EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA MANIFIESTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Para marcar el derrotero de la presente exposición, desde ya se indica que la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA carece manifiestamente de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la entidad territorial no es la destinataria del medio de control, pues el reconocimiento, trámite y pago de las prestaciones económicas del Magisterio, incluyendo las pensiones, se encuentra a cargo del Fondo Nacional del Magisterio.

Por su parte, la Secretaría Departamental de Educación actuó en el trámite y expedición del acto administrativo objeto de esta demanda, en cumplimiento con las facultades otorgadas por el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005.

La legitimación en la causa material, en términos generales, se refiere a la existencia de una conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio. Más específicamente, se refiere a la identidad del sujeto y su correlación con el derecho objeto de controversia. Así lo definió la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 31 de enero de 2019, radicado 19001233100020050094101:

“Para ese efecto, es del caso señalar que la legitimación en la causa es un elemento sustancial relacionado con la calidad o el derecho que tiene una persona (natural o jurídica), como sujeto de la relación jurídica sustancial, para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda; de esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-”.

Se desprende que la legitimación en la causa se debe predicar, tanto del demandante (activa), como del demandado (pasiva), cuya diferencia es abordada en el mismo proveído, así:

“En ese sentido, se entiende que la primera (la legitimación por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo quien, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo, al paso que la segunda (la legitimación por pasiva), es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado.

Así las cosas, es deber del juez determinar si la parte accionante está legitimada para reclamar la indemnización del daño y si el demandado es el llamado a responder por aquélla. Ante la falta de prueba sobre alguno de tales presupuestos, habrá lugar, indefectiblemente, a negar las pretensiones de la demanda”.

En términos prácticos, la legitimación en la causa se debe entender, según el extremo de la relación litigiosa, como quien tiene la facultad jurídica de reclamar el derecho (activa) o como quien tiene la obligación jurídica de responder por el derecho reclamado. En ese sentido, corresponde al operador jurídico evaluar las circunstancias de hecho y de derecho que determinan si una parte vinculada al proceso, puede estarlo, en función de su relación con el derecho en controversia.

Si bien la falta de legitimación en la causa no está prevista en el listado de excepciones previas del artículo 100 de la ley 1564 de 2012, necesariamente, se debe entender que sí debe ser evacuada por el despacho como tal, atendiendo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 175 de la ley 1437 de 2011, el cual faculta al despacho de conocimiento a declarar fundadas las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, **falta manifiesta de legitimación en la causa** y prescripción extintiva, a través de sentencia anticipada, conforme lo consagra el artículo 182A de la ley 1437 de 2011.

Así las cosas, corresponde en este caso determinar si la Gobernación de Cundinamarca tiene legitimación en la causa por pasiva, esto es, si en caso de una sentencia que reconozca las pretensiones de la demanda, es la llamada a responder por el derecho incoado.

Se debe partir de que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FONPREMAG fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, y 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. Así lo establece el artículo 3 de la ley en comento:

*“**ARTÍCULO 3.** 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 (sic) 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
(resaltado por fuera del texto).

Desde su creación hasta la fecha, la Fiduciaria La Previsora S.A. ha sido la entidad encargada del manejo de los recursos económicos de este Fondo y es, en consecuencia, la intermediaria para la cancelación de las prestaciones a los beneficiarios del fondo.

Por su parte, los artículos 4 y 5 de dicha ley consagran el objeto principal del fondo, así como sus objetivos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 4. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renunciaciones a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica”.*

“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.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*

5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones”.

Una primera y muy importante conclusión derivada de las normas transcritas es que el FONPREMAG tiene como uno de sus objetivos principales el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado al fondo. Efectivamente, la obligación legal de cancelar las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados es del fondo, a través de la fiduciaria La Previsora S.A.

Posteriormente, se expidió la ley 115 de 1994, esto es, la ley general de educación dispone en su artículo 180 el reconocimiento de prestaciones sociales, en los siguientes términos:

“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”.*

Puede observarse en la norma transcrita que el legislador dispuso un trámite tendiente a facilitar el acceso a los docentes, en la medida que involucraba -como intermediario- la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.

Siguiendo esa teleología, los trámites ante el FONPREMAG fueron regulados por la ley 962 de 2005, reglamentada por el decreto 2831 de 2005. El artículo 56 de dicha ley dispone:

“ARTÍCULO 56. *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”.*

Como se indicó, dicho artículo fue reglamentado por el decreto 2831 de 2005, que en sus artículos 2, 3, 4 y 5 reguló el trámite de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, así:

“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 la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite”.

“ARTÍCULO 3. GESTIÓN A CARGO DE LAS SECRETARÍAS DE EDUCACIÓN. *De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de*

Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1º. *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 2º. *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 5º. 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”.*

Es preciso indicar que el artículo transcrito de la ley 962 de 2005 fue derogado recientemente por la ley 1955 de 2019 y en su reemplazo se tiene el artículo 57 de dicha norma, el cual en nada modifica lo dicho con anterioridad, con respecto al tema de reconocimiento de pensiones. Esto determina la norma referida:

“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” (resaltado por fuera del texto).

Todo lo anterior significa que las secretarías de educación son, tan solo, el medio para el trámite y pago de las prestaciones sociales del magisterio, pero en modo alguno son las llamadas a responder con su patrimonio, pues se trata, simplemente, del ejercicio desconcentrado de una función legal que se encuentra en cabeza del FONPREMAG.

La normativa ampliamente transcrita demuestra la falta de legitimación en la causa por pasiva de los entes territoriales en este tipo de controversias, pues estos actúan en nombre y representación de la Nación, por mandato legal, tal como queda expresamente consignado en el preámbulo de las resoluciones proferidas por la Secretaría Departamental de Educación de Cundinamarca. Su actuación es contemplada de esa manera por la ley, pero además lo confirma el trámite previsto para ello.

En otras palabras, la Secretaría de Educación, al negar la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación al hoy demandante, actúa en nombre y representación de la Nación – FONPREMAG, a cargo del Ministerio de Educación Nacional y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, más no como entidad territorial.

Efectivamente, no se puede negar que la expedición de actos administrativos en estos trámites se encuentra sujeto a las directrices de la administración del FONPREMAG, al punto que la resolución emitida por el respectivo Secretario de Educación, debe estar precedida por la aprobación expresa de la administración del fondo. No se trata de una mera supervisión, sino que los entes territoriales son un instrumento del FONPREMAG para acercar el trámite al docente. Se trata de una relación jurídica dirigida a agilizar el procedimiento administrativo.

Lo anterior ha sido reconocido pacíficamente por la Sala de Consulta y Servicio Civil, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En primer lugar, se tiene que desde el 2002, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al contestar cuestionamiento elevado por el representante del Ministerio de Educación sobre la entidad llamada a asumir la representación judicial en los litigios que surjan del ejercicio de las funciones propias del FONPREMAG, dijo lo siguiente en concepto del 23 de mayo de 2002, radicación 1423:

“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”.

En segundo lugar, también ha sido amplia y uniforme la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, donde se ha dicho de forma reiterada que las entidades territoriales no son el extremo pasivo de estas controversias. Se trata de un cúmulo de decisiones donde el FONPREMAG alegaba que las llamadas a responder eran las entidades territoriales, de donde emanaban los actos administrativos.

En primer lugar, se trae a colación, no solo por su claridad conceptual, sino por su referencia permanente en fallos posteriores de todo nivel jerárquico, la sentencia del 14 de febrero del 2013, radicado 25000232500020100107301, donde la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo dijo:

“De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.

En efecto, 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 y entrar al fondo del presente asunto, bajo las siguientes consideraciones”.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta lo dicho por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 30 de marzo de 2017, radicado 05001233300020190094601:

“Recapitulando lo dicho, se concluye lo siguiente:

i) Que la legitimada en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG quien de conformidad con la Ley 91 de 1989, le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo.

ii) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de expedir el acto de reconocimiento. Sin embargo, la obligada al pago es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG, al tratarse de una función que es desconcentrada.

iii) Bajo los supuestos señalados, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en el escrito de apelación afirma que no es la obligada a reliquidar la pensión del actor, 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 interviene la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual

pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, también lo es que FONPREMAG es a quien el legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 del 2005, en concordancia con la Ley 91 de 1989, le atribuyó la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales.

Así las cosas, se concluye que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FONPREMAG es la llamada a reliquidar la pensión de jubilación del demandante, descartándose una falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta”.

En idéntico sentido, mediante auto del 26 de abril de 2018, radicado 68001233300020150073901, de la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, el cual ha sido reiterado por esta en sentencia del 29 de agosto de 2018, radicado 73001233300020140053601 (Subsección A, Sección Segunda), y sentencia del 8 de julio de 2021, radicado 05001233300020160167301 (Subsección B, Sección Segunda), se determinó:

“En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el a quo no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales.

Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane.

Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017, y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado, consistente en 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.

Esto, ya que las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en las secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En términos de jurisprudencia de igual jerarquía que su despacho, vale la pena traer a relucir sentencia del 22 de marzo de 2012, radicado 25000232500020100115702,

donde la Subsección “C” de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo, dentro de las consideraciones del fallo, en lo relativo al tema de la falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA dijo:

“De la normatividad antes citada, advierte la Sala que, pese a que el acto demandado fue expedido por la Secretaría de Educación de Cundinamarca, es claro que dicha entidad obra en ejercicio de la delegación de funciones que por ley corresponden al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta que se encuentra adscrita a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, a quien corresponde su representación, y quien legalmente asume todas las obligaciones derivadas del reconocimiento de las pensiones de los docentes, para cuyas prestaciones maneja y administra los recursos a través de la Fiduciaria. (Subrayado fuera de texto).

Es claro entonces que las funciones reconocimiento y pago de las prestaciones sociales corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien cumple su propósito a través de las autoridades territoriales, conforme al reglamento, pero actúan como simples agentes del Fondo, al reconocer y pagar las prestaciones pensionales de los docentes. En Consecuencia, el Departamento de Cundinamarca carece de legitimación en la causa para actuar en la presente controversia, por lo tanto, prospera la excepción y así se declarará”.

De igual manera, mediante Sentencia del 2 de junio de 2015, radicado 1100133310222201100198, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, determinó:

“Del recuento normativo citado, se concluye que, como consecuencia de racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, establecidos en la Ley 962 de 2005, las entidades territoriales cumplen una función meramente operacional, para que los docentes puedan tramitar ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sus prestaciones.

De lo analizado en líneas precedentes se tiene que además de concluir que la entidad territorial a la cual pertenecía el docente no tiene injerencia en el sub judice, se puede advertir igualmente que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como cuenta de la Nación sin personería jurídica, que debe ser representado en este asunto por la Nación – Ministerio de Educación, si tiene la obligación en este tipo de conflictos de atender las prestaciones de carácter irrenunciable de sus afiliados. Por consiguiente, no puede declararse la falta de legitimación por pasiva alegada el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Como se desprende de los actos administrativos demandados se observa que esto fueron proferidos por la secretaría de Educación

de Cundinamarca, entidad que para estos efectos no representa al Departamento de Cundinamarca, sino al Ministerio de Educación Nacional, que por delegación especial que hiciera el artículo 56 de la ley 962 de 2005, (...).

Resulta claro que la entidad encargada del pago de las prestaciones Sociales del Magisterio es FONPREMAG, previa aprobación del proyecto presentado por la Secretaría de Educación del Departamento al Fondo entidad legitimada por la ley para objetar y rechazar los proyectos presentados para su aprobación, luego el Departamento tendrá como única función proyectar las Resoluciones, más no aprobarlas, pagos se realizaran por intermedio de la Fiduciaria La Previsora S.A.”.

En igual sentido, en sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de marzo de 2016, radicado 201400646, se concluye:

“De manera que, de las referidas normas la Sala advierte que si bien es cierto el legislador previó una forma de actuación administrativa respecto de la expedición de los actos administrativos en materia pensional del personal docente, no lo es menos, que la carga prestacional radicó en la Nación, independientemente de la vinculación nacional o territorial del docente”.

Todo lo anterior se ratifica en fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección segunda, Subsección D, el 1 de febrero de 2018, radicado 201700016:

“En conclusión, la Sala considera que ni el Departamento de Cundinamarca, ni la Secretaría de Educación de Cundinamarca, ni la Fiduciaria S.A., se encuentran legitimadas en la causa por pasiva para responder sobre la condena impuesta en el presente asunto, la primera porque si bien, el acto acusado fue proferido por dicha dependencia territorial, como en efecto se advierte, ésta decisión fue proferida en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como consecuencia de la delegación prevista en el artículo 9° de la Ley 91 de 1989 y la segunda, porque solo se limita a la administración, inversión y destinación de los recursos conforme a las instrucciones del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Más recientemente, la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 6 de agosto de 2020, radicado 25000234200020180161600, al encontrar probada la misma excepción que aquí se plantea, dijo:

“En concreto, en proceso en los que se discute la reliquidación de la pensión de los docentes cuando se estudia la falta de legitimación por pasiva el honorable Consejo de Estado ha considerado que el llamado a responder es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aun cuando el ente territorial que corresponda sea el que expida el acto administrativo demandado, en virtud del artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

(...)

En efecto, revisado el texto del acto administrativo expresamente se tiene consignado que actúa el Departamento de Cundinamarca en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y en la parte resolutive de la decisión administrativa, numera segundo (2) expresamente se declara y resuelve que lo reconocido se pagará con cargo a la cuenta del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, resulta claro que la excepción previa propuesta por el Departamento de Cundinamarca debe declararse probada, puesto que la legitimación en la causa por pasiva se predica en el caso concreto de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea necesaria la comparecencia del ente territorial”.

De toda la normativa y jurisprudencia transcrita, queda claro que la función del Departamento de Cundinamarca en estos casos se limita a proyectar unos actos administrativos relacionado con las pensiones de los docentes, por delegación legal. Dichos proyectos son remitidos con la respectiva documentación en un término específico al FONPREMAG, de conformidad con la normatividad vigente. En otras palabras, el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Educación, no tiene injerencia en el resultado toda vez, que su función está limitada simplemente, como se dijo, a proyectar unas Resoluciones de Reconocimiento o negación de unas pensiones, debiendo atender en todo caso, las directrices de la administración del fondo.

Resulta claro que la entidad encargada del pago de las prestaciones sociales de los docentes es FOMPREG, previa aprobación del proyecto presentado por la Secretaría de Educación del Departamento al fondo. Se reitera que este es quien acepta o rechaza el proyecto de resolución, el cual, finalmente, es expedido en nombre y representación de la Nación y los pagos que se causen serán asumidos por el fondo y pagados por intermedio de la Fiduciaria la Previsora S.A.

Es importante reiterar que la Secretaría de Educación de Cundinamarca, actuó en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades legales y en especial las que le confieren los artículos 9 de la Ley 9 de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 952 de 2005 (hoy artículo 57 de la ley 1955 de 2019). La Secretaría de Educación

actuó como delegada del Ministerio de Educación Nacional, más no como entidad territorial, luego, quien tiene la responsabilidad de responder es la Nación, no el departamento.

De conformidad con lo anterior, queda claro que mi representada no está legitimada en la causa para reconocer la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación, ni asumir el pago o cancelación de los dineros solicitados en la demanda, toda vez, que estos serán responsabilidad de la Nación, Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, como quedo establecido en los fallos citados.

Conclusión forzosa de lo anterior es que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA carece manifiestamente de legitimación en la causa por pasiva, atendiendo que no es la llamada a responder por el derecho incoado en la demanda, incluso en caso de accederse a las pretensiones de la demanda.

En esa medida, no queda más remedio jurídico que DECLARAR PROBADA la excepción de falta manifiesta de legitimación en la causa y, en consecuencia, DESVINCULAR al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA del presente libelo.

EXCEPCIÓN DE FONDO POR LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS POR LA SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN DE CUNDINAMARCA, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA NACIÓN – FONPREMAG

Sin perjuicio de la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Cundinamarca, se advierte que la solicitud de nulidad de las resoluciones No. 000029 de 7 de enero de 2021 y 000684 de 10 de junio de 2021, mediante las cuales la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, NEGÓ el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación, causada por el fallecimiento de la docente NANCY SUÁREZ RODRÍGUEZ, reclamada por el demandante y la señora EMPERATRIZ RODRÍGUEZ DE SUÁREZ, no está llamada a prosperar, pues dichos actos revisten legalidad, al estar debidamente fundamentado en las normas legales vigentes aplicables al caso sin que se encuentre viciado de nulidad alguna y, por consiguiente, no le asiste el derecho que pretende el demandante.

IV. EXCEPCIONES

A manera de conclusión de lo dicho en el anterior acápite, se proponen como excepciones las siguientes:

1. FALTA MANIFIESTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Tal como se argumentó en precedencia, se advierte que en lo que concierne al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, está demostrada la manifiesta falta de legitimación en la causa por pasiva, pues las pretensiones de la demanda se dirigen a cuestionar los actos administrativos que negaron al demandante la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación y lograr el

reconocimiento y pago de prestaciones sociales asociadas al personal docente vinculado a la Secretaría Departamental de Educación de Cundinamarca.

Dichas pretensiones, están a cargo del FONPREMAG, pues durante el trámite de reconocimiento y pago de derechos pensionales, la Secretaría Departamental de Educación de Cundinamarca actúa en cumplimiento con las facultades otorgadas por el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005, de acuerdo con lo establecido en la ley 91 de 1989, leyes 33 y 62 de 1985, por tanto, el ente territorial no se encuentra legitimado para dar cumplimiento a una eventual condena.

En efecto, la ley 91 de 1989 creó el FONPREMAG y dispuso que a éste le corresponde el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, de acuerdo con el acto administrativo que elabore la dependencia de la entidad territorial certificada, a la cual se encuentre vinculada el docente. Si bien la secretaría interviene con la elaboración de la resolución de reconocimiento, en lo demás, es competencia del FONPREMAG el pago de las prestaciones y, en consecuencia, la sustitución pretendida en este medio de control.

En conclusión, el ente territorial que represento solo actuó como intermediario frente a la negación del reconocimiento de la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación del demandante, pero no es a este a quien corresponde su pago, sino al FONPREMAG, motivo por el cual respetuosamente solicito DECLARAR PROBADA la excepción de falta manifiesta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Educación.

2. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

Debido a que las resoluciones No. 000029 de 7 de enero de 2021 y 000684 de 10 de junio de 2021, mediante las cuales la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, NEGÓ el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación, causada por el fallecimiento de la docente NANCY SUÁREZ RODRÍGUEZ, reclamada por el demandante y la señora EMPERATRIZ RODRÍGUEZ DE SUÁREZ, fue proferida en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso, se trata de un acto administrativo legal y libre de todo vicio que pueda acarrear su anulación.

3. INNOMINADA

Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo lo previsto en el artículo 282 de la ley 1564 de 2012, solicito a su despacho que, de oficio, DECLARE PROBADAS todas aquellas excepciones derivadas de hechos constitutivos de estas.

V. PRUEBAS

De forma respetuosa, solicito a su despacho tener como pruebas las siguientes:

1. Las aportadas con la demanda

2. El expediente administrativo de las resoluciones No. 000029 de 7 de enero de 2021 y 000684 de 10 de junio de 2021, expedidas por la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG.

VI. ANEXOS

Se allegan con el presente memorial, lo siguientes:

1. Poder conferido por la Directora de Defensa Judicial y Extrajudicial de la Secretaría Jurídica del Departamento de Cundinamarca, con sus respectivos anexos.
2. Expediente administrativo de las resoluciones No. 000029 de 7 de enero de 2021 y 000684 de 10 de junio de 2021, expedidas por la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG.

VII. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en los correos electrónicos josemaria.debrigard@cundinamarca.gov.co y josedebbrigard@deaa.com.co; en el teléfono celular 3115927538, fijo 6017451037; y en la dirección carrera 16A # 79-48, piso 7 de la ciudad de Bogotá.

La entidad que represento recibirá notificaciones en el correo electrónico notificaciones@cundinamarca.gov.co, teléfono 6017490000 y la dirección Calle 26 No 51-53 de la ciudad de Bogotá.

De la misma manera, manifiesto que estaré presto a atender las diligencias a través de medios tecnológicos que el despacho considere.

Cordialmente,


JOSÉ MARÍA DE BRIGARD ARANGO
CC. 1.136.883.453
TP. 263.408