*Tribunal Administrativo de Antioquia*

*Sala Segunda de Oralidad*
*Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez*

**MEDELLÍN, SEIS (6) DE MAYO DE DOS MIL TRECE (2013)**

| | |
|---|---|
| **ACCIÓN** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL - |
| **DEMANDANTE** | FABIOLA GOMEZ JIMENEZ |
| **DEMANDADO** | NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES |
| **RADICADO** | 05001 33 33 010 2012 00084 01 |
| **INSTANCIA** | SEGUNDA |
| **DECISIÓN** | CONFIRMA DECISIÓN |
| **ASUNTO** | FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA Y DE INTEGRAR EL CONTRADICTORIO |

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión proferida por el Juzgado Decimo Administrativo del Circuito de Medellín, en audiencia inicial del 9 de abril de 2013, por medio del cual declaró no probada la excepción previa de inepta demanda por falta de requisitos formales y la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

**ANTECEDENTES**

1.- La señora FABIOLA GOMEZ JIMENEZ, a través de apoderado judicial presenta demanda contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, solicitando la nulidad parcial del acto administrativo 16615 del 15 de agosto de 2006, por la cual se le reconoció la pensión de jubilación pero no se incluyó todos los factores salariales devengados durante el año anterior al status de pensionado.

2.- Luego de admitida y notificada la demanda, la entidad demandada allegó la contestación, proponiendo como excepciones: *1. No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, 2. Falta de legitimación en la causa por pasiva, 3. Excepción genérica, 4. Excepción inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, 5. Excepción de adecuación de los actos administrativos demandado a los principios de legalidad, expedición regular, competencia, motivación y debido proceso, 6.- Excepción genérica, 7. Presunción de legalidad, 8. Excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, conciliación prejudicial, y 9. Prescripción.*

3.- En audiencia inicial llevada a cabo el 9 de abril de 2013, el Juez de primera instancia, se pronuncia sobre las siguientes excepciones:

3.1.- La "*EXCEPCIÓN PREVIA DE INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES*", que para el Despacho la sustenta la entidad, en la falta de agotamiento de la vía gubernativa, conciliación prejudicial.

3.2.- Y "*SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS*", porque a juicio de la demandada se debe convocar a la entidad territorial, toda vez que es a ellos a quienes le conciernen la potestad nominadora, y lo relacionado con el servicio educativo, tal como lo disponen las leyes 60 de 1993, 715 de 2001 y 962 de 2005

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Medellín, declaró no probadas las excepciones previas, por las razones que se resumen a continuación:

1.- **Respecto de la ineptitud de la demanda**, por falta de requisito de procedibilidad -conciliación prejudicial-, cita el *aquo* providencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, del 30 de julio de 2012, que señaló que tratándose de reliquidación de pensiones, no es procedente agotar el requisito de la conciliación extrajudicial, porque refiere a derechos irrenunciables de índole laboral, según el art. 53 de la Constitución Política.

2.- En relación con la excepción de **falta de legitimación en la causa y no comprender el litisconsorcio necesario** con el ente territorial, estimó el Juez de primera instancia, que es claro que la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia tramita las solicitudes de revisión de pensión de jubilación y expide el acto, pero lo hace en representación de la NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 del Decreto 2831 de 2005. Luego entonces, concluye que la entidad encargada de cancelar la prestación y de responder a este trámite es el Fondo.

**RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, interpone recurso de apelación contra la decisión de no declarar prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e integración de contradictorio por pasiva.

Insiste la parte, en que las pretensiones de la demanda dependen de la integración del contradictorio por pasiva con el Departamento de Antioquia, presupuesto sustancial para determinar la responsabilidad a

cargo del ente territorial y/o de la Nación, respecto del pago de los conceptos que se reclama.

Expresa, que a su juicio se revierte la nacionalización de la Educación y concluye que a través del Fondo no se pagan las primas de navidad y otras que se solicitan, pues el poder de nominar se encuentra en las entidades territoriales; de ahí, que es necesaria la comparecencia en el proceso.

**TRASLADO DEL RECURSO**

Indica la parte demandante que la excepción no está llamada a prosperar, toda vez que las peticiones están a cargo del presupuesto nacional y cita lo dispuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., el Tribunal Administrativo de Antioquia es competente para resolver el recurso de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, proferidos por los Jueces Administrativos en Primera Instancia.

El num. 6 del art. 180 del CPACA , dispone que "*el auto que decide sobre las excepciones será susceptible de apelación o del de súplica, según el caso.*", por lo tanto la Sala procederá a resolver el recurso interpuesto por la Nación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, en atención a los argumentos expuestos por la demandada, la Sala se pronunciará en principio sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva y luego respecto a la falta de integración del contradictorio con el Departamento de Antioquia.

**2.- De la falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

2.1.- El Consejo de Estado en providencia del 6 de agosto de 2012[1], señaló que:

> ***"la legitimación en la causa****, corresponde a la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial. En otros términos, consiste en la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- y de hacerlo frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio. … ha dicho esta Corporación[2]:*
> *"La legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B. Cada uno de estos está legitimado de hecho.*
> ***La legitimación material en la causa alude, por regla general, a situación distinta cual es la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas.****".* (Negrilla del Tribunal).

2.2.- De conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989[3], está a cargo de la Nación, las prestaciones sociales del personal docente Nacional o Nacionalizado, incluidas las pensiones de jubilación.

---

[1] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil doce (2012) Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01063-00(AC)

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Expediente No.13.356. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

[3] Artículo 2 de la Ley 91 de 1989

Para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial encargada del **pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional** –art. 9 de la Ley 91 y art. 56 de la Ley 962-.

Luego entonces, como lo reclamado en la demanda corresponde a una prestación a cargo de la Nación cuyo pago corresponde al Fondo, es evidente que la demandada es la llamada a responder a las peticiones de la actora.

En este sentido, el Consejo de Estado[4] en reciente providencia, expresó:

*"...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 Bogota 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…"* (Negrillas del Tribunal)

[4] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12) .

**3.- De la falta de integración del contradictorio por pasiva con la Secretaria de Educación del Departamento de Antioquia.**

Teniendo en cuenta el concepto de la legitimación en la causa por pasiva antes citado, deberá establecerse si el Departamento de Antioquia sería llamado a integrar el contradictorio.

Pues bien, en atención a lo dispuesto el art. 3 del Decreto 2831 de 2005, también citado en la primera instancia, estima la Sala que la excepción no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

3.1.- El artículo 3º de la Ley 91 de 1989, establece:

> *"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".*

3.2.- El artículo 56 de la Ley 962 dispone:

> *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.*

3.3.- De las normas citadas se colige, que aún siendo el Departamento de Antioquia quien proyecta los actos administrativos que son objeto de demanda, las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia o autónoma.

3.4.- En efecto, el primer inciso del artículo 3º del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005, señala:

> *"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".*

3.5.- Como puede observarse, las secretarías de educación cumplen, por disposición de la ley y del reglamento, funciones que, en principio, son propias del Ministerio de Educación, pero que, se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización, de manera que **la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad local.**

Recuérdese que la descentralización supone el ejercicio de competencias propias, no de otro ente, como la Nación en este caso. Luego, la Secretaría de Educación actúa como un agente del orden nacional.

En consecuencia, le asiste razón al a quo, pues quien está llamado a defender los actos dictados por el Departamento en cumplimiento de esta atribución, es la Nación – Ministerio de Educación, por tratarse de un fenómeno de desconcentración administrativa, que implica que la competencia nunca salió de éste ente nacional.

Por lo tanto, la Sala confirmará la decisión tomada en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA SEGUNDA DE ORALIDAD DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,**

**RESUELVE**

1. **CONFIRMAR** la decisión proferida por el Juez Décimo Administrativo Oral de Medellín, en audiencia inicial celebrada el 9 de abril de 2013.

2. **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, para que se continúe con el trámite del proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**
**MAGISTRADO**