

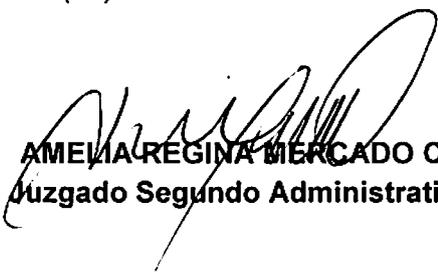


**TRASLADO DE EXCEPCIONES  
ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011**

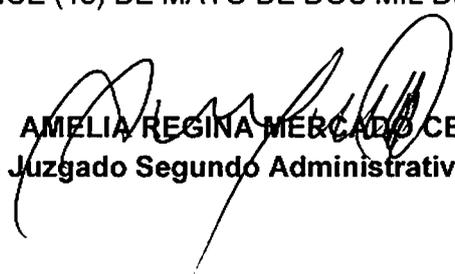
<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-002-2015-00449-00
<b>Demandante/Accionante</b>	CARMEN ADRIANA POVEDA BENITEZ
<b>Demandado/Accionado</b>	NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONPREMAG Y OTROS

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por EL DEMANDADO, por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). Hoy DIEZ (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)).

EMPIEZA EL TRASLADO: ONCE (11) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE (2017) A LAS 8:00 A.M.

  
AMELIA REGINA MERCADO CERA  
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

VENCE TRASLADO: QUINCE (15) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE (2017) A LAS 5:00 P.M.

  
AMELIA REGINA MERCADO CERA  
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

*Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso  
E-Mail: [stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
Teléfono: 6642718*



SEÑOR JUEZ

FRANCISCO JAVIER VIDES REDONDO

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: CARMEN ADRIANA POVEDA BENITEZ**

**DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

**RADICACION: 13-001-33-33-002-2015-00449-00**

**SILVIA MARGARITA RUGELES RODRIGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.360.082, Abogada en ejercicio, con tarjeta profesional No. 87.982 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderada especial de LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tal y como consta en el poder que adjunto por lo cual solicito que se me reconozca personería jurídica, Respetuosamente me permito presentar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en el proceso de la referencia, atendiendo los argumentos jurídicos que enseguida expondremos:

### **I. EXPOSICIÓN SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.**

Los hechos que motivaron la presentación de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la cual hoy se descurre el traslado de rigor, se circunscriben a que se declare la nulidad del acto ficto, mediante el cual se negó el derecho a reconocer y pagar los intereses por mora por el no pago oportuno de las cesantías del actor.

Ahora bien, sobre los supuestos fácticos señalados por el demandante me permito manifestar lo siguiente:



**A los hechos No. 1, 2 y 3.** No los afirmo ni los niego, me atengo a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

**A los hechos No. 4 al 9.** No los afirmo ni los niego, me atengo a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

## II. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA.

Revisada la demanda, se considera que es menester tomar en cuenta la pretensión del accionante, no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral como se expondrá a continuación.

En primer lugar, las prestaciones sociales de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio, como se consagra en sus objetivos:

*"Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

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

En cuanto al trámite de reconocimiento tenemos que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto Nacional 2831 de 2005, dispone:

*"racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las prestaciones sociales que pagara el Fondo 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 se encuentra vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que Llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial"*

El artículo 2, del decreto 2831 del 2005, por su parte, establece respecto de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, lo siguiente:

*"Artículo 2º. 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.

En este orden de ideas, vemos que el Fondo Nacional de Prestaciones sociales es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo se diseñó un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y trámite de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del Fondo, y pagar las prestaciones sociales.

Así pues, se destaca que la entidad fiduciaria para el caso en cuestión es FIDUPREVISORA S.A, la cual entonces es quien administra los recursos del Fondo de prestaciones sociales.

Cabe señalar, que la fiduciaria LA FIDUPREVISORA S.A. procede con los pagos prestacionales, luego de contar con el Acto Administrativo emitido por la secretaria de Educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente; conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues es de tener en cuenta que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

De acuerdo a esto, el pago se realizara cuando exista la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo directivo del Fondo atendiendo la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, en la que se manifestó: "el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan."

Así mismo, es importante recordar que los actos administrativos llevan inherente una condición suspensiva, que para el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la disponibilidad presupuestal con la que cuente según los recursos provenientes de Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y esta sujeción, es la que precisamente influye el pago tardío que aduce el actor, en cuanto al pago de las prestaciones sociales.

En este punto, es pertinente destacar el pronunciamiento de la Corte Constitucional sentencia T-293 de 1996, respecto del tema en referencia:

*"... debe respetarse el orden de las solicitudes de pago y tener en cuenta la disponibilidad presupuestal."*

El concepto anteriormente expuesto, es reiterado y complementado en las sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998, cuando al referirse al fin último de respetar el orden de las solicitudes se busca:



*"... que el pronunciamiento del juez de amparo no vulnere los derechos de otros educadores que, encontrándose en las mismas circunstancias, se someten al turno asignado por las entidades competentes siguiendo el orden de llegada de las solicitudes"*

A partir de lo anterior, se deduce, que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de Igualdad.

En consecuencia, es completamente trascendental sostener que la disponibilidad presupuestal para esta Fiduciaria como ente eminentemente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Por lo tanto, no puede endilgarse una negligencia por parte de mi defendida debido a que el reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, que se llevó a cabo adecuadamente, y en atención del principio de igualdad.

Por otro lado, es importante señalar que el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; resaltando que conforme al artículo 3 de la Ley 91 de 1989, las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga en FOMAG será efectuado a través de las secretarías de educación y es la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo quien deberá llevar a cabo el respectivo pago, por lo que no existe responsabilidad por parte del Ministerio de Educación ya que de acuerdo a lo anterior no es la encargada de reconocer y tramitar la solicitud elevada por la accionante.

Siendo del caso mencionar que las solicitudes de reconocimiento deberán ser radicadas en la secretaría de educación o la dependencia que haga sus veces puesto que conforme a lo establecido en la Ley 60 de 1993, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad como ente nominador y esa facultad fue otorgada a los departamentos, distritos y municipios correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los gobernadores y alcaldes.



En el caso de las cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales, estas también se incluyen dentro del decreto 2831 de 2005, y por tanto no están cobijadas por las demás normas respecto al tema.

Al respecto, el Tribunal administrativo de Antioquia, M.P. Gonzalo Zambrano Velandia, en sentencia de 9 de mayo de 2014, del proceso con radicado 2012-168, expreso que:

*"De conformidad con el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, se determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a este sector del régimen de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como a las citadas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006."*

Más adelante, también expresó:

*"(...) Sea que se esté ante el régimen retroactivo de cesantías aplicable a los docentes nacionalizados o ante el régimen de liquidación anual aplicable para los docentes nacionales y para los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, siempre será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada de la liquidación y pago del auxilio de cesantía, motivo por el cual los docentes afiliados al citado fondo se encuentran exceptuados del régimen fijado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la Ley 344 de 1996, norma esta que le impone al empleador la obligación de liquidar definitivamente dicha prestación al 31 de diciembre de cada anualidad, sin perjuicio de la que deba realizarse en fecha anterior por terminación de la relación laboral, de reconocer los intereses legales a que haya lugar, y a consignar antes del 15 de febrero de cada anualidad, en el fondo que el empleado elija, el valor del auxilio de cesantía, siendo que al empleador que incumpla dicho plazo deberá pagar un día de salario por cada día de retardo; pues como ya se dijo, conforme se estipula en la Ley 91 de 1989, el citado Fondo no tiene la obligación legal de consignar el auxilio de cesantía del docente afiliado a un determinado fondo en un periodo determinado."*

Así las cosas, para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye entonces el procedimiento especial aplicable, de lo que se precisa que *"dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con*



*la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.*<sup>1</sup>

Ello se debe a que no es posible extender la aplicación de una sanción, que no está prevista en la norma que regula la prestación de cesantías del régimen de los docentes, puesto que *"en materia sancionatoria, al igual que en el derecho penal, opera el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecen sanciones o que fijan límites a los derechos se deben interpretar a la determinación literal de la conducta que se sanciona, quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva."*<sup>2</sup>

Por todo lo anterior, se concluye que a la actora no le asiste derecho a sanción moratoria pretendida, siendo que en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno, y señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal. Y en cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1769 del 24 de Noviembre del 2014, establece en el artículo 89:

*"Pago de cesantías del Magisterio. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG- por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.*

*A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada"*

Por último, es importante mencionar que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en providencia del 12 de mayo de 2016, radicado 2016 00919 y cuya Magistrada Ponente fue la Dra. Rocío Araujo Oñate, se hizo referencia respecto de la materia objeto de estudio "sanción por mora" por pago no oportuno de las cesantías determinando las siguientes consideraciones:

*"(...) la Sala considera que las sentencias relacionadas<sup>3</sup> no forman criterio unificado, ya que si bien, algunos de estos pronunciamientos se refieren al reconocimiento y pago de la sanción por mora, proferidas en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por vía de tutela, la Sección Segunda de esta Corporación, también se ha referido al tema para negarlo, por tanto resulta evidente que el juez natural contrario a desconocer los criterios establecidos por el Consejo de Estado frente al tema, analizó varios fallos en*

<sup>1</sup> Tribunal administrativo de Antioquia, M.P. Gonzalo Zambrano Velandia, en sentencia de 9 de mayo de 2014, del proceso con radicado 2012-168

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado: del 30 de agosto de 2012, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 08001-23-31-000-2008-00369-01; y febrero 29 de 2013, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado No. 11001-03-15-000-2013-00138-00;

<sup>3</sup> No se precisa la fecha de ingreso, de retiro, ni el tiempo laborado.



7  
49

*este sentido y expuso las razones suficientes para fundamentar en debida forma su decisión<sup>4</sup>.*

*Por otra parte, se aclara que en cuanto a la providencia referida dictada por el Tribunal, ésta no es precedente sino un criterio de interpretación y decisión frente a casos análogos."*

Y más adelante dijo que:

*"En consecuencia, no se desconoció precedente judicial alguno, pues las decisiones objeto de censura no se apartaron de ningún tipo de interpretación vinculante de esta Corporación que fuera similar o análoga a su caso, sino que por el contrario, fueron sustentadas suficiente, razonada y satisfactoriamente, al señalar que no era viable el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantía, porque no tenía respaldo normativo para ello."*

### **III. Al concepto de violación**

El acto acusado no viola las disposiciones invocadas por la actora y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse. Las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales, se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, y no es posible incluirle sanciones fuera de su ámbito normativo. Además el pago se encuentra sujeto al turno y la disponibilidad según lleguen las solicitudes, como se sustenta en las sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998; en el caso de configurarse mora que sea a partir del día sesenta y uno (61) reconocer intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.

No existió omisión, ni violación a derecho alguno en lo que expone el demandante, toda vez que a la docente se le pagó sus prestaciones sociales conforme a derecho.

### **IV. A las Pretensiones:**

Me opongo a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad ya que la Nación - Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúan conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, razón por la cual

---

<sup>4</sup> Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 28 de abril de 2016, .C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 11001-03-15-000-2016-00968-00



la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006 por la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para trámite de las prestaciones económicas.

Frente a la solicitud de condenas para la Nación, Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, impetrada por el demandante, solicitamos respetuosamente al Señor Juez, se DENIEGUEN en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Con sustento en las CONSIDERACIONES, antecedentes y en consecuencia lógica de esto, no procede la imposición de las CONDENAS solicitadas por la actora.

En cuanto a las pruebas tanto solicitadas como aportadas ellas deberán apreciarse de conformidad y en cumplimiento con el artículo 176 del Código General del proceso que dispone:

*"(...) Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos (...)"*

## V. EXCEPCIONES

- a) Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma:** Se estructura este hecho por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamentamos nuestra posición.

El auxilio de cesantía del accionante ha sido liquidado con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos prestacionales del docente demandante. De igual manera, para el efecto, se han atendido las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición del acto administrativo de reconocimiento. Los derechos laborales de la docente, por lo tanto, se encuentran debidamente satisfechos.

El acto administrativo acusado no viola las disposiciones invocadas por la parte actora, por el contrario, está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse.

Es preciso recordar que las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, y no es posible incluirle sanciones moratorias que



se encuentran previstas por fuera de su ámbito normativo<sup>5</sup>; además el pago de aquellas se encuentra sujeto a la disponibilidad presupuestal y el turno según el orden de presentación de las correspondientes solicitudes, en los términos de las sentencias de constitucionalidad C-314 de 1998 y C-552 de 1998.

No corresponde, entonces, ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida y por lo tanto, tampoco existe obligación prestacional correlativa a cargo de la entidad demandada.

- b) **Pago.** Mi representado ha cancelado al demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, y el principio de igualdad.
- c) **Cobro de lo no debido.** Como quiera que no exista sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de la solicitud incoada por la parte activa, la demandada no podría ordenar el pago de la misma, so pena de incurrir en pago de lo no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.
- d) **Compensación:** Sin que esta excepción implique reconocimiento de derecho alguno, solicitamos al Juzgador Contencioso Administrativo, en caso de ser procedente, que declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) a la parte demandante por concepto de prestaciones sociales.
- e) **Excepción genérica o innominada:** De acuerdo con lo estipulado en el artículo 282 del Código general del proceso<sup>6</sup>, aplicable en lo contencioso administrativo de conformidad con el artículo 187 de la ley 1437 de C.C.A<sup>7</sup>., cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.
- f) **Buena fe:** Se destaca la sentencia T-475 de 1992, de M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se expresa que:

*"(...) La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("virbonus")...La administración y el administrado deben adoptar un*

<sup>5</sup> Ver: Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de 17 de junio de 2014, Rad.: 2012-452-01, MP.: Fernando Alvarez Morales. (Anexa a esta contestación)

<sup>6</sup> En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

<sup>7</sup> En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada



*comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción."*

Se observa en el hecho de que mi representado ha actuado con la más absoluta buena fe tanto durante la recepción de los aportes del afiliado, al momento de la consolidación del derecho a favor del demandante y hasta la fecha por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de las normas pertinentes.

#### **VI. PETICIÓN ESPECIAL**

Respetuosamente solicito señor juez, se sirva vincular a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

#### **VI. PRUEBAS**

Solicito señor Juez, se decreten, practiquen y tengan como tales las siguientes:

- 1) Solicito certificación expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en el cual expresa que no tiene competencia para allegar el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que es exigido en el parágrafo 1 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- 2) Solicito se oficie a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar para que envíe al Juzgado con destino al expediente copia de los documentos correspondientes a la hoja de vida del actor para verificar los datos e información pertinentes que sólo posee la entidad territorial respecto a la nominación del accionante y entidad que, en principio, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al accionante.

#### **VII. ANEXOS**

Poder con sus anexos el cual me ha sido conferido en legal forma por el Ministerio de Educación Nacional.



### VIII. NOTIFICACIONES

A los demandados Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional CAN, en la ciudad de Bogotá D.C.

A la apoderada de la parte demandada en la Secretaría de su Despacho o en la Calle 71 No. 11 - 85 Bogotá D.C. y al email [notificaciones@silviarugelesabogados.com](mailto:notificaciones@silviarugelesabogados.com)

Del señor Juez,

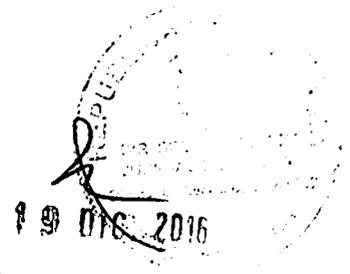
Atentamente,

**SILVIA MARGARITA RUGELES RODRIGUEZ**  
C.C. No. 63.360.082  
T.P. No. 87.982 del C. S. de la J.

**A:3**

**Adrian Barreto Lezama**

ABOGADO - Especialista en Derecho Procesal



60

Cartagena de Indias D.T y C., diciembre de 2016

F:10

Doctor

**Francisco Javier Vides Redondo**

JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

E. S. D.

Ref. Exp. No 13-001-33-33-002-2015-00449-00. Proceso Ordinario de Nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **CARMEN ADRIANA POVEDA BENITEZ** contra **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y **EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**

**Asunto:** Contestación de la demanda y excepciones

Señora Juez:

**ADRIAN ALBERTO BARRETO LEZAMA**, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cartagena, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.957.948 expedida en Magangué, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 213841 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, entidad territorial de creación constitucional, representada legalmente para los presentes efectos por **ADRIANA MARGARITA TRUCCO DE LA HOZ**, mayor de edad, con vecindad y residencia en Cartagena, de conformidad con la delegación, decreto de nombramiento, acta de posesión y poder que se adjuntan, por medio del presente escrito, procedo a contestar la demanda de la referencia, de la siguiente forma:

### 1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a las razones jurídicas y fácticas expuestas en el correspondiente escrito de demanda y solicito sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones y peticiones de declaraciones de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho para invocarlas.

En consecuencia, las pretensiones deberán ser denegadas por las razones de defensa que a continuación se expondrán y mi representado, **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, deberá ser absuelto de todo cargo y condena, sobre todo por falta de legitimidad en la causa por pasiva MATERIAL y SUSTANCIAL.

### 2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

**Adrian Barreto Lezama**

ABOGADO - Especialista en Derecho Procesal

**PRIMERO:** No es un hecho, son referencias normativas. SE AGREGA: Pese a que la norma enunciada por el demandante señala que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es una cuenta especial sin personería jurídica, conforme lo estipulado en el artículo 5to de la ley 91 de 1981, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectuar el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados y el artículo 9 ibídem, indica que estas serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

**SEGUNDO:** No son hechos, son fundamentos normativos, sin embargo se agrega que el enunciado es cierto.

**TERCERO:** Es cierto, conforme prueba que obra en el expediente.

**CUARTO:** Es cierto, conforme prueba que obra en el expediente.

**QUINTO:** No nos consta, por lo que nos atenemos a lo que resulte probado en este proceso.

**SEXTO:** No es un hecho, son referencias normativas.

**SEPTIMO:** No es un hecho, son referencias normativas.

**OCTAVO y NOVENO:** No nos consta, por lo que nos atenemos a lo que resulte probado.

### 3. ARGUMENTOS SOBRE LA DEFENSA

Me opongo a las pretensiones de la demandante en relación con el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, toda vez que el hecho por el cual se demanda no le es jurídicamente imputable. En consecuencia debe ser absuelta de toda responsabilidad relacionada con los hechos aquí discutidos.

En consecuencia, la presente acción de nulidad y restablecimiento deberá ser denegada por las razones de defensa que a continuación se expondrán y mi representado, **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, deberá ser absuelto de todo cargo y condena, sobre todo por falta de legitimidad en la causa por pasiva, toda vez que la pensión del demandante se encuentra a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** y fue reconocida por la Secretaría de Educación Distrital de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

### 4. EXCEPCIONES DE FONDO

Propongo como fundamentos de la defensa de mi representada las excepciones de fondo que a continuación se enuncian y explican:

**Adrian Barreto Lezama**

ABOGADO - Especialista en Derecho Procesal

**I. INEXISTENCIA DE OBLIGACION POR PARTE DEL DEPARTAMENTO EN RELACION CON LAS PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES.**

De conformidad con la Ley 91 de 1989, corresponde al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fecha a partir de la cual se creó el fondo, tal como lo señala el artículo tercero que indica:

*" 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. ..."*

Así las cosas, corresponde a El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atender 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.

A los docentes se les cancela con dineros del SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACION, y quien maneja las prestaciones es la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.-

La representación judicial y extrajudicial del Fondo, de conformidad con el concepto de fecha 23 de mayo de 2002, dentro del radicado No 1423, emitido por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, en el cual se señaló que la representación judicial del Fondo le corresponde al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y no al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

**II. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE HECHO**

En cuanto del primer aspecto de la legitimación en la causa por pasiva, es decir la legitimación por pasiva de hecho, entendida como "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

**Adrian Barreto Lezama**

ABOGADO - Especialista en Derecho Procesal

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"<sup>1</sup>, debemos expresar que la misma no se verifica respecto del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** en el presente proceso, toda vez que el mismo no funge como demandado, y así se evidencia al observar el escrito de la de la demanda y el poder conferido, en el cual solo se refiere a mi representado como "vinculado".

Así las cosas no se advierte que exista entre la accionante y mi representado una relación procesal nacida con la presentación de la demanda, por lo que se solicita respetuosamente se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho respecto del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR en el presente proceso.

### **III. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA MATERIAL**

En el caso de marras, la cuestión sobre la legitimación en la causa por pasiva desde el punto de vista material, "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"<sup>2</sup>, conduce a determinar en cabeza de quien está el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y como se expone a continuación este corresponde a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

Conforme lo estipulado en el artículo 5to de la ley 91 de 1981, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectuar el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados. Por su parte, el artículo 9 ibídem, indica que estas serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Por las razones descritas, se deberá declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, toda vez que es a dicho Fondo a quien le compete el pago de las prestaciones del docente oficial, representado por la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

<sup>1</sup> Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Consejero .Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08).

<sup>2</sup> ibídem

**A:L**

**Adrian Barreto Lezama**

ABOGADO - Especialista en Derecho Procesal

**5. PRUEBAS Y ANEXOS**

**i. DOCUMENTALES QUE ANEXO:**

- Poder para actuar, Decreto de delegación, de nombramiento y acta de posesión del jefe de la oficina asesora jurídica de la Gobernación de Bolívar.

**6. PETICION**

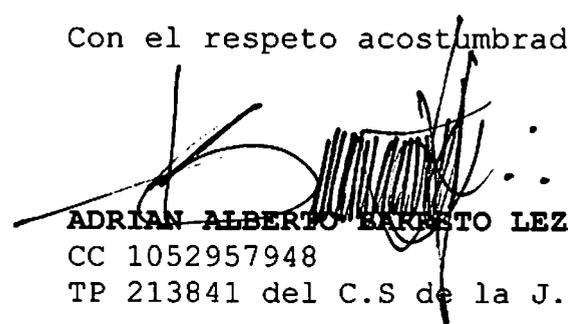
Por todo lo anterior, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada formal, solicito al señor Juez desestimar las pretensiones de la demanda; así como condenar en costas a la parte demandante.

**8. NOTIFICACIONES**

**El representante legal del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, Carretera Cartagena-Turbaco Km. 3, Sector Bajo Miranda - El Cortijo, después del cementerio Jardines de Paz.

**El suscrito apoderado**, en la ciudad de Cartagena de Indias, Avenida Daniel Lemaitre, Edificio Banco Popular - oficina 808. Email [abarreto212@gmail.com](mailto:abarreto212@gmail.com)

Con el respeto acostumbrado,

  
**ADRIAN ALBERTO BARRETO LEZAMA**  
CC 1052957948  
TP 213841 del C.S de la J.

SECRET

CONFIDENTIAL

SECRET

CONFIDENTIAL

SECRET

