

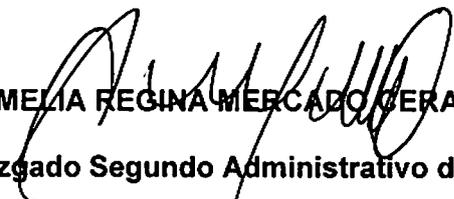


**TRASLADO DE EXCEPCIONES**  
Artículo 175 de la Ley 1437 de 2011

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-02-2016-00097-00
<b>Demandante</b>	MABEL CACUA GÓMEZ
<b>Demandado</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

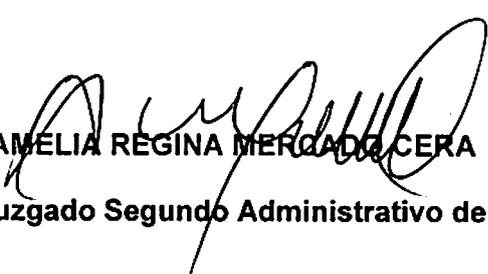
La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por los Demandados por el término 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 NUEVE (09) DE AGOSTO del año dos mil diecisiete (2017).

EMPIEZA EL TRASLADO: DIEZ (10) DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISIETE (2017), A las 8:00 AM.

  
AMELIA REGINA MERCADO CERA

Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

VENCE TRASLADO: CATORCE (14) DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISIETE (2017), A las 05:00 PM.

  
AMELIA REGINA MERCADO CERA

Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena



*Eduar Orozco Robles*  
*Abogado Especialista en Contratación Estatal*  
*Universidad de Medellín*  
*do@sbolivar.com*



Cartagena de Indias D. T. y C. 04 de mayo de 2017

Señores

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS**

Matuna Avenida Daniel Lemaître Calle 32 No. 10 - 129

E. S. D.

RECIBIDO 05 MAY 2017 11:11

<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>RAD No:</b>	13001 3340 012 2016 00097 00
<b>DEMANDANTE:</b>	MABEL CACUA GÓMEZ
<b>DEMANDADO:</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR

Asunto: Contestación de la demanda

Cordial saludo,

Ante su digno Despacho comparece **EDUAR JESÚS OROZCO ROBLES**, varón, mayor y vecino del Distrito de Cartagena de Indias, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado civilmente con la Cédula de Ciudadanía número 1128.051.768 expedida en el mencionado Distrito, y portador de la Tarjeta Profesional No. 231.990 del C. S. de la J. en mi condición de apoderado del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** conforme al poder conferido por la doctora **ADRIANA MARGARITA TRUCCO DE LA HOZ**, Quien ostenta la calidad de Jefe en la Oficina Asesora Jurídica del Ente al cual represento, con el propósito de dar contestación a la demanda de la referencia, de acuerdo a los argumentos fácticos y jurídicos que a continuación se exponen:

1

#### I. RELACIONADO CON LOS HECHOS

1. Relacionado con el hecho **PRIMERO** Debemos manifestar que no es un hecho propiamente dicho, sino la exposición de una norma de carácter jurídico, respecto a ella debemos manifestar que es cierto la Ley 91 de 1989 creo el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.
2. Relacionado con lo expuesto por el apoderado del demandante en el hecho, **SEGUNDO** debemos manifestar que no es un hecho propiamente dicho, sino la exposición de una norma de carácter jurídico, respecto a ella debemos manifestar que es cierto la Ley 91 de 1989 creo el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y a



*Esteban Orozco Robles*  
*Abogado Especialista en Contratación Estatal*  
*Universidad de Medellín*  
*doms6@hotmail.com*



su vez le asigno como competencia el pago de las cesantías de los docentes de establecimientos educativos del sector oficial.

3. De conformidad con lo expuesto por la parte actora en el hecho **TERCERO**, debemos manifestar que es **PARCIALMENTE CIERTO**, tales afirmaciones son verificables en los documentos aportados como pruebas, sin embargo a pesar de incluir dentro de la listis a mi poderdante el Departamento de Bolívar la entidad llamada a responder por las pretensiones deprecadas en el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
4. Relacionado con las afirmaciones del hecho **CUARTO** debemos manifestar que es **CIERTO** y la apoderada de la demandante aporó junto con la demanda copia de la resolución mencionada.
5. De conformidad con lo manifestado por la parte actora en relación con el hecho **QUINTO** del libelo introductorio debemos manifestar **NO NOS CONSTA**, no es una afirmación de la cual podamos dar fe por tanto le corresponde al demandante probar la veracidad de sus argumentos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 167 del código general del proceso.
6. Relacionado con lo manifestado en el hecho **SEXTO** de la demanda por parte del libelista, debemos manifestar que no se trata de una afirmación fáctica, sino de la transcripción literal de los Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.
7. Relacionado con lo expuesto en el hecho **SÉPTIMO** por el demandante, debemos manifestar que no se trata de una afirmación fáctica, sino de la transcripción literal de las consideraciones del Honorable magistrado del Consejo de Estado, doctor JOSE MARIA LEMOS BUSTAMANTE en la Sentencia de Unificación 02513 de 2007.
8. De conformidad con lo manifestado en el hecho **OCTAVO** de la demanda consideramos que es **PARCIALMENTE CIERTO** y se deberá probar por parte de los demandantes la veracidad de dichas afirmaciones contraponiéndolas con el análisis de las normas relacionadas con el tema.
9. De conformidad con lo manifestado en el hecho **NOVENO** del libelo introductorio debemos manifestar **NO NOS CONSTA**, no es una afirmación de la cual podamos dar fe por tanto le



corresponde al demandante probar la veracidad de sus argumentos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 167 del código general del proceso.

**II. RELACIONADO CON LAS PRETENSIONES**

Me opongo rotundamente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda considero que no están llamadas a prosperar ninguna de las declaraciones pretendidas por el demandante y su apoderado de igual forma manifiesto mi rotunda oposición en cuanto a la prosperidad todas y cada una de las condenas pretendidas por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable.

**III. EXCEPCIONES**

**1. FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA**

En términos generales, la legitimación en la causa hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación, es a quien habilita la ley para actuar procesalmente.

3

Así, la legitimación en la causa implica o comporta una vocación para actuar como demandante o como demandado en un pleito judicial, vocación que está determinada fundamentalmente por el vínculo jurídico que previamente haya existido entre las dos partes y haya dado origen al litigio.<sup>1</sup>

En diferentes oportunidades, el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

*“La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 25 de Febrero de 2016; radicación 52001233300020140019001; M.P. HERNÁN ANDRADE RICON



*Edwin Orozco Robles*  
*Abogado Especialista en Contratación Estatal*  
*Universidad de Medellín*  
*edoro86@boliviarad.com*



*pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista*<sup>2</sup>.

De conformidad con las reclamaciones en cuanto al pago de prestaciones sociales elevadas por la señora **MABEL CACUA GÓMEZ** debemos manifestar que tales atribuciones están en cabeza del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a la luz del Artículo 3 de la Ley 91 de 1989, en cual nace como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica. De tal suerte que se reconoce dicho fondo como una entidad de derecho público distinta a quien me empodera (Departamento de Bolívar), de igual manera tal entidad no pertenece al esquema u organigrama del Departamento de Bolívar y tampoco constituye una categoría especial de entidad descentralizada del orden departamental, en este orden de ideas siendo el Fondo de Prestaciones Sociales una entidad Autónoma Tiene la capacidad de comparecer al proceso por sí misma para la defensa de sus intereses.

Además, es importante resaltar que los recursos del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, este fondo tiene como objetivos entre otros atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a partir de 29 de diciembre de 1989.

4

A continuación y con el propósito de ilustrar al Señor Juez se expone una transliteración del contenido de la Norma que estatuye la labor del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en los artículos 3, 4 y 5 se evidencia de forma clara el punto expuesto por esta defensa.

[...]

**Artículo 3º.-** Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. sentencia del 23 de abril de 2008. expediente 16.271. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



*EdUAR OROZCO ROBLES*  
*Abogado Especialista en Contratación Estatal*  
*Universidad de Medellín*  
*edcoros6@boltonmail.com*



Reglamentado por el Decreto Nacional 2831 de 2005. 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. (Ver Decreto 632 de 1990. Trata sobre Contratos de Fiducia Mercantil y Decreto 1775 de 1990) Radicación 530 de 1993. Sala de Consulta y Servicio Civil

**Artículo 4º.- 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 renuncias 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.

5

**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.**
- 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 registro 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. Ver artículo 175, Ley 115 de 1994 Ver Decreto Nacional 196 de 1995

NOTA: Según el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social, contenido en la Ley 100, no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros de las Comisiones Públicas, ni los afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. **(Subrayas y Negritas Nuestras)**



*Edman Orosco Robles*  
*Abogado Especialista en Contratación Estatal*  
*Universidad de Medellín*  
*edros@6@hotmail.com*



[...]

Es pertinente traer a colación el Artículo 9 de la ley 91 de 1989.

**Artículo 9°.**- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

De conformidad con el texto antes señalado las prestaciones sociales de los docentes afiliados al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional función que delegara de tal manera que se realice en las entidades territoriales, y a partir del Artículo 56 de la ley 962 de 2005 reglamentado por el Decreto 2831 de 2005 a través de la Secretaria de Educación Respectiva.

Además, tal y como lo expone el concepto de 23 de mayo de 2002 emitido por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, la representación judicial y extrajudicial del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** la tiene el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio la Fiduciaria La Previsora tiene la representación únicamente respecto al pago de los derecho ya reconocidos.

6

Visto lo anterior y de conformidad con la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, si bien, pueda que exista una relación procesal entre mi poderdante y el demandado toda vez que luego de la pretensión procesal se atribuye una conducta a mi mandante, este no tiene una participación determinante en el hecho que origina la presentación de la demanda, por tanto no tiene vocación para ser requerido a fin de que reconozca o resarza un derecho otorgado por la Ley.

De conformidad con lo anterior y tal como ha sido expuesto por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de 04 de noviembre de 2015, de la sección tercera, subsección A, M.P. **HERNÁN ANDRADE RICON**, estarán llamadas a fracasar las pretensiones del demandante cuando no exista conexión entre las partes y las razones de hecho y de derecho que originan el litigio, en el caso concreto por existir ausencia de responsabilidad o competencia en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, atribuciones que se encuentran en cabeza de un ente distinto al Departamento



de Bolívar a continuación un aparte jurisprudencial dictado por el máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo:

[...]

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda y/o a la titularidad del derecho reclamado, independientemente de que dichas personas hayan demandado o sido demandadas<sup>3</sup>. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como si lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala<sup>4</sup>,

*« [L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.*

*“La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

7

*“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado»” (Negrillas en el texto original, subrayas fuera de él).*

Así pues, y dado que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de hecho por pasiva-, la cual nace con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal faculta a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos y/o derechos constitutivos del litigio, bien porque resultaron perjudicadas, bien porque dieron lugar a la producción del daño, de ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurre cuando, a pesar de ser parte dentro del proceso, no guarde relación alguna con los intereses o derechos inmiscuidos en el mismo, evento éste en el cual las

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007; Expediente: 11001032600019971350300 (13.503). Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2001, Expediente: 10973, Consejera ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.



*Eduar Orozco Robles*  
*Abogado Especialista en Contratación Estatal*  
*Universidad de Medellín*  
*edorx86@hotmail.com*



pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés o derecho jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores<sup>5</sup>.

[...]

La falta de interés sustancial del litigio como ya se señaló conduce a que se configure la causa de legitimación material en la causa por pasiva de mi poderdante lo que impide que se tramite la presente acción, pues no es la persona que en derecho debe responder por las posibles condenas derivadas del proceso.

**PRUEBAS:**

Solicito se tengan como prueba dentro del proceso de la referencia los documentos aportados por el demandante, además de los que su despacho considere convenientes para el desarrollo del presente proceso.

**VI. NOTIFICACIONES**

**DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR:** [notificaciones@bolivar.gov.co](mailto:notificaciones@bolivar.gov.co), además de las aportadas en la demanda. El suscrito [edorx86@hotmail.com](mailto:edorx86@hotmail.com) tel.: 301 7765820. En la secretaría de su despacho y/o en mi oficina de abogados ubicada en el Turbaco Bolívar urbanización ciudadela Bonanza teléfono: 6410749

8

Atentamente

**EDUAR JESUS OROZCO ROBLES**  
C.C. 1128051768 de Cartagena  
T.P. 231.990 de CSJ

---

<sup>5</sup> A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que "... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2001, Radicación: 10973, Consejera ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.



Asesorías Jurídicas Taynan Services SAS

17-04-17  
02-05-17 UNC  
57

SEÑOR JUEZ

JORGE ENRIQUE ROSALES EGEA

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.



**ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: MABEL CACUA GOMEZ**

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

**RADICACION: 13-001-33-33-002-2016-00097-00**

**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 descorre el traslado de rigor, se circunscriben a que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado del 09 de marzo de 2016, mediante el cual se negó el pago de los intereses por la mora por el no pago oportuno de las cesantías de la actora.



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

**A los hechos No. 1 y 2.** No son hechos, corresponden a señalamientos normativos.

**A los hechos No. 3, 4 y 5.** No los afirmo ni los niego, me atengo a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

**A los hechos No. 6 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 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º 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 3º 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 1º 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>

---

<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> Ibídem.



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*

<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.



*evidente que el juez natural contrario a desconocer los criterios establecidos por el Consejo de Estado frente al tema, analizó varios fallos en 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.

<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



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 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 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.

---

<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)



- 42  
68
- 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*

<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



*("virbonus")...La administración y el administrado deben adoptar un 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 Antioquia 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.**