



**TRASLADO DE EXCEPCIONES**

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

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DRECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-002-2019-00117-00
<b>Demandante/Accionante</b>	APOLINAR CARDALES PEREZ
<b>Demandado/Accionado</b>	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- 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 EL APODERADO DEL DEMANDANTE, 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 DIECINUEVE (19) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL VEINTIUNO (2021)

EMPIEZA EL TRASLADO: VEINTITRES (23) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS 8:00 A.M.

**AMELIA REGINA MERCADO CERA**  
**Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena**

VENCE TRASLADO: VEINTICINCO (25) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL VEINTIUNO (2021) 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*



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201182297941**  
Fecha: **12-08-2020**

**SEÑORES**

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

**admin02cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co**

**CENTRO Av. DANIEL LEMAITRE CALLE 32 No. 10 -129 EDIFICIO ANTIGUO TELECARTAGENA**

**CARTAGENA, BOLIVAR.**

**E. S. D.**

**Proceso:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** APOLINAR CARDALES PEREZ  
**Demandado:** NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
**Radicado:** 13001333300220190011700

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA**

**LISTEH VIVIANA GUERRA GONZALEZ** mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado sustituta de LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, entidad demandada dentro del proceso de la referencia, conforme a poder de sustitución otorgado por el Dr. **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS** apoderado general otorgado mediante escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 respetuosamente solicito me sea otorgada personería jurídica para actuar en el proceso de la referencia y manifiesto a usted que por medio del presente, estando dentro del término legal para hacerlo, me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

**FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

La Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que señala:

***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.*

Es importante, precisar que el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

## I. A LOS HECHOS

**PRIMERO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**SEGUNDO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**TERCERO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**CUARTA: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso.

**QUINTO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso.

**SEXTO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso.

**SÉPTIMO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso.

**OCTAVO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**NOCENO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**DÉCIMO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**DÉCIMO PRIMERO: ES CIERTO**, conforme con lo que se evidencia en los anexos de la demanda.

**DÉCIMO SEGUNDO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**DÉCIMO TERCERO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**DÉCIMO CUARTO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**DÉCIMO QUINTO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

**DÉCIMO SEXTO: NO ES UN HECHO**, hace referencia a una apreciación del accionante.

**DÉCIMO OCTAVO: NO ME CONSTA**, me atengo a lo probado en el proceso

## II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda respecto a mi representado, con fundamento a los argumentos de defensa y a las excepciones que adelante propondré.

## III. FUNDAMENTO DE DEFENSA

La unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018<sup>1</sup>, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de

<sup>1</sup> Sentencia SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del Consejo de Estado.



las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

No obstante lo anterior, la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al Fomag.

Así las cosas es obligación de la entidad territorial como autoridad nominadora del afiliado y quien tuvo conocimiento directo respecto a los factores sobre los cuales realizó aportes el accionante, expedir el acto administrativo de reconocimiento de Cesantía parcial o definitiva, en este orden de ideas la no inclusión de alguno de estos lleva intrínseca la responsabilidad clara del ente territorial.

La Ley 715 de 2011, consagra que la administración del servicio educativo ya no será nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir, que tanto los municipios como los departamentos certificados recibirán directamente todos los recursos para la educación y tendrán la totalidad de la responsabilidad de la administración del personal docente.

De igual manera la ley 91 de 1989 atribuye a los entes territoriales las prestaciones sociales del personal nacionalizado como lo expresan los numerales 2 y 3 del artículo 2, así:

*“(…)Artículo 2º.- de acuerdo con lo dispuesto por la ley 43 de 1975, la nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera: (...) 2 las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades o las cajas de previsión, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades 3 – Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causados en el periodo correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de prevención, o de las entidades que hicieron sus veces. La nación pagara, pero estas entidades contribuirían, por este periodo, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de las Ley 43 de 1975. (...)”.*

Es por la mencionada descentralización del sector educativo, la ley 60 de 1993 regula la distribución de recursos de que tratan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, quitando la facultad al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de ser nominador, trasladando dicha facultad a los departamentos y distritos, en el numeral primero del artículo 2 de la citada ley, se expresa la competencia de los municipios en materia de educación así:



*“(…) Artículo 2 º.- Competencias de los municipios corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y respectivos acuerdos municipales, así (...) 1 En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia: a. Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media b. Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos. C. Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales. (...)”*

El decreto 2831 de 2005 en sus artículos segundo, tercero y subsiguientes estipula que el trámite del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO serán efectuadas a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, así mismo serán estas las encargadas de elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento a la Fiduciaria la Previsora quien es la encargada del manejo y administración de los recursos del FOMAG para su aprobación, dado el visto bueno deberá efectuar el respectivo pago, en virtud de lo previsto en el contrato de la fiducia mercantil suscrito entre LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., como consta en la escritura pública No 0083 de 21 de junio de 1990, lo que corrobora LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN no tiene injerencia alguna en este procedimiento, y por consiguiente no le es posible determinar los factores que deben incluirse en el reconocimiento de los mencionados factores.

De esta forma se demarca que la entidad territorial como autoridad nominadora es la encargada de determinar los factores que efectivamente se deben incluir en la liquidación de la cesantía definitiva por ser quien tiene directo conocimiento respecto a este particular, así mismo en caso de incurrir en omisiones o errores en la proyección de la misma es esta entidad la llamada a responder.

Así las cosas no es procedente que en caso de una condena el pago de la sanción por moratoria corra a cargo del FOMAG, **a pesar que la mora haya sido causada por la entidad territorial**, toda vez que la entidad encargada de expedir el acto administrativo objeto de la presente controversia es la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR como autoridad nominadora y el mismo contiene la manifestación de la voluntad de la entidad territorial mas no de mis representadas, toda vez que el objeto de la presente controversia no gira en torno al pago de la de las obligaciones derivadas de la resolución objeto de controversia, sino por el contrario del reconocimiento que hizo la mencionada entidad territorial pues de conformidad con lo previsto en la ley 550 de 1999 dichas entidades tienen autonomía y competencia para corregir deficiencias.

VIGILADO  
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA  
DE COLOMBIA

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111  
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546  
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345  
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739  
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909  
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5  
Solicitudes: 018000 919015  
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co  
www.fiduprevisora.com.co





Ahora bien respecto a la sanción moratoria solicitada por accionante es importante en primer lugar indicar que la ley 244 de 1995 estableció en su artículo 1 lo siguiente:

*Artículo 1: Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

*PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

*Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

*Artículo 2: La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.*

La anterior disposición fue modificada por la ley 1071 de 2006, la cual dentro de su artículo 2 dispuso como ámbito de aplicación de la norma el siguiente:

*Artículo 2. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.*

Así mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, lo dispuesto en esta norma le es aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo estos equiparados a los empleados públicos del orden nacional.

Sin embargo, para el caso concreto, se evidencia que acorde a las pretensiones de la demanda, el actor busca que sea reconocida la sanción moratoria respecto a los reajustes a sus cesantías definitivas, supuesto de hecho que no se encuentra previsto en el marco normativo que regula dicha sanción, razón por la cual las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Como sustento de la posición asumida en defensa de la entidad demandada, es necesario traer a colación distintos pronunciamientos del Consejo de Estado en esta materia, así:



Para tal efecto<sup>2</sup>, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento solicitado conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el entendido que no se tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías, sino el no pago oportuno de los reajustes salariales y prestacionales, o, lo que es mejor, la diferencia de valor que se generó por el reajuste ordenado tardíamente por la entidad.

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación<sup>3</sup>; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.”<sup>4</sup> (Resaltado fuera de texto).*

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

*“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.*

*(…)La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley<sup>5</sup>. (Subrayado fuera de texto).*

De la jurisprudencia transcrita es claro que la postura del Consejo de Estado ha sido reiterativa en considerar que el legislador en ningún momento previó como hecho generador de sanción moratoria el pago tardío de reajustes de las cesantías reconocidas, siendo esta solo procedente frente al acto administrativo de reconocimiento y pago tardío.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 de octubre de 2018, radicación 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15) C.P. Cesar Palomino Cortés

<sup>3</sup> Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>5</sup> Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

Así mismo resulta importante mencionar que el pago de sanción moratoria se encuentra contemplado como una sanción impuesta cuando no se cancela oportunamente la prestación solicitada, lo cual no aplica al presente caso toda vez que el mismo se realizó conforme a la resolución expedida por el ente territorial en término, sin embargo problema que aquí nos ocupa tiene como base la reliquidación de las cesantías definitivas reconocidas mediante resolución 0400 de 12 de junio de 2000, en atención a la reclamación administrativa realizada a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

## 1. EXCEPCIONES

### ➤ **Ineptitud sustancial de la demanda por no cumplir con el artículo 161 CPACA. NO SE DEMOSTRÓ LA OCURRENCIA DEL ACTO FICTO**

El Consejo de Estado ha definido la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, ante el incumplimiento de alguno de los requisitos procesales de la demanda en los siguientes términos:

De igual forma, sobre la figura de «ineptitud sustantiva de la demanda» se han hecho consideraciones puntuales respecto su aplicación y procedencia, las cuales se citan a continuación:

*«De tiempo atrás, en múltiples providencias judiciales al igual que en la que es objeto de estudio, se ha hecho alusión a la figura de la “ineptitud sustantiva o sustancial de la demanda” como una excepción previa y/o causal de rechazo de demanda, incluso de fallos inhibitorios, lo cual -a criterio de esta Sala- constituye actualmente una imprecisión que debe ser superada.*

[...]

De lo anterior se advierte que la denominación “ineptitud sustantiva o sustantiva” ha tomado diferentes formas, sin embargo, técnicamente ha de señalarse que en la actualidad sólo es viable declarar próspera la que denomina la ley como “inepta demanda por falta de cualquiera de los requisitos formales o por la indebida acumulación de pretensiones”, en las cuales encuadran parte de los supuestos en que se basaba la denominada “ineptitud sustantiva o sustantiva”.

b.- Actual regulación procesal sobre la materia

Como se verá a continuación, en la actualidad existen diversos mecanismos procesales a efectos de afrontar las diferentes falencias de orden procesal o sustancial que pueden presentarse en la demanda, a saber.

i- Supuestos que configuran excepciones previas.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Esta se configura por dos razones:

a) Por falta de los requisitos formales. En este caso prospera la excepción cuando no se reúnen los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda regulados en los artículos 162, 163,

166 y 167 del CPACA., en cuanto indican qué debe contener el texto de la misma, cómo se individualizan las pretensiones y los anexos que se deben allegar con ella (salvo los previstos en los ordinales 3. y 4. del artículo 166 ib.25 que tienen una excepción propia prevista en el ordinal 6. del artículo 100 del CGP26).

Pese a ello, hay que advertir que estos requisitos pueden ser subsanados al momento de la reforma de la demanda (Art. 173 del CPACA en concordancia con el ordinal 3. del artículo 101 del CGP), o dentro del término de traslado de la excepción respectiva, al tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 175 del CPACA y 101 ordinal 1. del CGP.

b) Por indebida acumulación de pretensiones. Esta modalidad surge por la inobservancia de los presupuestos normativos contenidos en los artículos 138 y 165 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.»

En resumen, de conformidad con los parámetros normativos de la Ley 1564 de 2012 (CGP) y el CPACA, la excepción de «ineptitud sustantiva de la demanda» se configura solamente por (i) la falta de requisitos formales de la demanda o (ii) la indebida acumulación de pretensiones; en consecuencia, aquellas falencias procesales diferentes de las antes enunciadas encontrarán solución en otros mecanismos jurídicos (sean estos: otros medios exceptivos o saneamientos en otras etapas procesales)

➤ **NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS**

El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone en su literalidad que:

*“Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*

**9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios**”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Tal excepción previa debe ser interpretada en lectura trasversal con lo dispuesto por el artículo 61 del referido estatuto procedimental, el cual dispone en su literalidad:

*“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; (...)”.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Respecto de la figura jurídica del litisconsorcio necesario, el H. Consejo de Estado a través de su prolija jurisprudencia ha delimitado el concepto indicando que:

*“[...] Al respecto, valga recordar que las partes que participan en la composición de un litigio, como demandante y demandado, pueden estar conformadas por una sola persona en cada caso o, por el contrario, pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio. Esta figura consagrada en nuestra legislación procesal (arts. 50 y siguientes del C. de P. Civil), ha sido dividida tradicionalmente en dos clases, atendiendo a la naturaleza*



y número de relaciones jurídicas que intervengan en el proceso: litisconsorcio necesario y voluntario o facultativo.

*Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos [...]”<sup>1</sup>.*

En este orden de ideas, tenemos que el demandante infringió el numeral 9º del artículo 100 en concordancia con el artículo 61, el cual establece como excepción previa **no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios**, teniendo en cuenta que el apoderado judicial demandó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que se haya demandado a la **Secretaría de Educación**, entidad que expidió la resolución mediante la cual reconoció el respectivo pago de cesantías definitivas.

Frente al requisito de comprender a todos los litisconsortes el Consejo de Estado ha indicado mediante sentencia del 06 de junio del 2012 (C.P. Dra. Olga Melida Valle De La Hoz Exp. 43049) lo siguiente:

*«En el evento de que el juez pudiese dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, que habría podido ser parte en el mismo proceso o en otro distinto con fundamento en los mismos hechos, no se estaría en presencia de un litisconsorcio necesario y por tanto, no se impondría la citación forzosa que prevé el artículo 83<sup>6</sup>. **La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes**, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado. De acuerdo con lo anterior, **el elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial materia del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. (...) el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso.** En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de*

<sup>6</sup> Ahora artículo 61 del Código General del Proceso



*proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos. (Negrilla y subrayado, fuera de texto). [...]».*

A su vez, tenemos que el Consejo de Estado en sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010). (C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO), reiteró la importancia de integrar a todos los litisconsortes. Veamos:

Ahora bien, los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicables al proceso contencioso por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, disponen respecto de la integración de la litis, **que ella se hace mediante la citación al proceso de todas las personas que sean sujetos de las relaciones jurídicas o de los actos respecto de los cuales gira la controversia y sin los cuales no es posible proferir sentencia de mérito, es decir, de los litisconsortes necesarios. Por lo tanto, es claro que cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material única que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, impone que su comparecencia al proceso se torne en obligatoria, por considerarse un requisito indispensable para su adelantamiento, caso en el cual, como se señaló, se está en presencia de la modalidad del litisconsorcio necesario.** Por su parte, el artículo 207 numeral 3 del C. C. A., ordena que en el proceso contencioso administrativo ordinario que el auto admisorio "...se notifique personalmente a la persona o personas que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso...". Así pues, la vinculación de quienes conforman el litisconsorcio necesario podrá hacerse dentro de la demanda, bien obrando como demandante o bien llamando como demandados a todos quienes lo integran, porque, en el evento en que el juez omita citarlos, debe declararse la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda (numeral 8 del Artículo 140 del C. de P. Civil). **Si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vincularlos en el auto admisorio de la demanda o en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, y de no hacerlo debe declararse la nulidad de una parte del proceso o a partir de la sentencia de primera instancia (numeral 9 Artículo 140 C. P. Civil), con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tengan la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses dado que la sentencia los puede afectar.** En definitiva, conforme las normas procesales antes citadas para que opere la citación forzosa o la integración oficiosa del contradictorio es preciso que no sea posible fallar de mérito sin la comparecencia al proceso de los sujetos activos o pasivos de una relación jurídica material y única objeto de la decisión judicial. Y, al contrario, resulta claro entonces, que, si el juez puede dictar sentencia respecto de un sujeto procesal, sin necesidad de la comparecencia de otro sujeto que hubiera podido ser demandante en el mismo proceso, no se está en presencia de un litisconsorcio necesario. (Negrilla y Subrayado, fuera de texto), (Códigos vigentes al momento de la sentencia, ahora Código



General del Proceso y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.)

En este orden de ideas, tenemos que en ningún momento la demandante solicitó la vinculación de la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, entidad como se reitera es la que profirió el acto administrativo del reconocimiento de la cesantía, por lo que hay una indebida conformación del contradictorio.

### **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**

Toda vez que la entidad encargada de expedir el acto administrativo objeto de la presente controversia es la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR como autoridad nominadora y el mismo contiene la manifestación de la voluntad de la entidad territorial mas no de mis representadas, toda vez que el objeto de la presente controversia no gira en torno al pago de las obligaciones derivadas de la resolución No. 0400 de 12 de junio de 2000, sino por el contrario del reconocimiento que hizo la mencionada entidad territorial pues de conformidad con lo previsto en la ley 550 de 1999 dichas entidades tienen autonomía y competencia para corregir deficiencias que se encuentren en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, en éste sentido la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG no es el competente para atender la solicitud del accionante.

### **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.**

Como viene siendo expuesto en los presentes medios exceptivos, es improcedente el pago de sanción moratoria alguna a favor del actor, en virtud a que el acto administrativo controvertido en sede judicial no fue aquel que resolvió el reconocimiento de las cesantías definitivas, y era aquel sobre el cual se podía discutir la existencia o procedencia de la sanción moratoria. Por otro lado de la resolución controvertida en la presente Litis, se tiene solamente que la misma resolvió sobre el reajuste a la cesantía sin ser procedente reconocimiento alguno por sanción moratoria, dado que este supuesto de hecho no se encuentra consagrado dentro del ordenamiento jurídico colombiano para el caso concreto, en consecuencia no hay obligación por parte del FOMAG de reconocer y pagar dicha sanción.

### **EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

VIGILADO  
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA  
DE COLOMBIA



## V. PETICIONES

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, comedidamente solicito a Ud., que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

PRIMERO: Se me reconozca personería adjetiva para actuar.

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones propuestas.

TERCERO: En consecuencia dar por terminado el proceso.

CUARTO: Abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada.

## VI. PRUEBAS

Solicitamos se tengan con pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.

## VII. ANEXOS

-Poder general otorgado al Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos mediante Escritura Publica No. 522 del 28 de marzo de 2019.

-Aclaración a escritura pública 0480

-Poder de sustitución

## VIII. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co), [t\\_lguerra@fiduprevisora.com.co](mailto:t_lguerra@fiduprevisora.com.co) y [procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co)

Atentamente;

**LISETH VIVIANA GUERRA GONZALEZ**

**C.C. 1.012.433.345**

**T.P 309.444 de C. S. J.**

### Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG- Vicepresidencia Jurídica

Aprobó: Fabián Ricardo Fonseca Pacheco, coordinador Zona 2- Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: [defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com](mailto:defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com) de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.