



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN : 13001-33-33-002-2015-00339-00
DEMANDANTE : ZAMAIRO SARMIENTO BAHOQUE Y OTRO
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

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 DEPARTAMENTO DE BOLIVAR , 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. Hoy CATORCE (14) de abril de dos mil dieciséis (2016).

EMPIEZA TRASLADO : 14 DE ABRIL DE 2016 A LAS 8:00 A.M.
VENCE TRASLADO : 18 DE ABRIL DE 2016 A LAS 5:00 P.M.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado

original 92
1

Doctor:

FRANCISCO JAVIER CIDES REDONDO

Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias.

E. S. D.

REFERENCIA: Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
RADICADO: 13001-33-33-002-2014-00339-00.
DEMANDANTE: ZAMAIRO SARMIENTO BAHUQUE Y OTRO
DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FOMAG.
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
ASUNTO: Contestación demanda.

RECIBIDO 13 DE DIC 2014
10 fides

RASHID HERNANDO ALI CARCAMO, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Cartagena, identificado civilmente con la Cédula de Ciudadanía número 3.873.471, con cupo numérico de la ciudad de Magangué, abogado en ejercicio, inscrito con la Tarjeta Profesional número 170.423 expedida por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, Entidad Territorial de Derecho Público, con domicilio principal en la ciudad de Cartagena de Indias, Sede Administrativa: Barrio Manga, Centro Empresarial El Imán Calle 28 No 24-79, representada legalmente por el Dr. **JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI**, y de conformidad con el poder, que en virtud de la delegación que se le hiciera mediante Decreto 352 de 2014, debidamente me otorgó el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Bolívar, Doctor **GUILLERMO SANCHEZ GALLO**, con mi acostumbrado respeto acudo ante su Despacho con el cometido de descorrer el término del traslado para **CONTESTAR LA DEMANDA**, dentro del término de ley, conforme a los siguientes presupuestos:

SOBRE LAS PRETENSIONES Y CONDENAS ESTABLECIDAS EN LA DEMANDA

Me resisto a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en contra del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, por carencia de fundamentos fácticos y jurídicos.

SOBRE LOS PRESUPUESTOS FACTICOS DE LA DEMANDA.

PRIMERO: Es cierto. Según los documentos aportados en el presente medio de control.

SEGUNDO: Es cierto. Según los documentos aportados en el presente medio de control.

TERCERO: No nos consta, es una afirmación planteada por el demandante, la cual debe ser confirmada dentro del presente proceso.

CUARTO: Es cierto. Según los documentos aportados en el presente medio de control.

QUINTO: Es cierto. Según los documentos aportados en el presente medio de control.

SEXTO: Es cierto. Según los documentos aportados en el presente medio de control.

SEPTIMO: No nos consta hecho, es una afirmación, la cual debe ser confirmada dentro del presente proceso.

OCTAVO: Es cierto. Según los documentos aportados en el presente medio de control.

NOVENO: No es hecho fáctico, es un aparte sin contexto de una norma jurídica.

DECIMO: No es un hecho, es una interpretación jurisprudencial.

EXCEPCIONES

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación en la causa es un presupuesto procesal de la acción, la cual ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T- 416 de 1997 de la siguiente manera:

"LEGITIMACION EN LA CAUSA-Objeto. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo".

En este orden de ideas, la legitimación por pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado, la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material. La identificación cabal del demandado es una exigencia que establecen tanto la Constitución como el Decreto 2591 de 1991.

Respecto a la reclamación del pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales realizada por la demandante, cabe decir que estas son manejadas por el **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de conformidad con el artículo 3 de la ley 91 de 1989, la cual lo creó como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística. Dicho Fondo es una entidad de derecho público distinta a mi mandante, y que la misma no pertenece al esquema u organigrama del Departamento de Bolívar, ni constituye una categoría especial de entidad descentralizada del orden Departamental de Bolívar, ya que el Secretario de Educación Departamental suscribe las Resoluciones como Representante del Fondo de Prestaciones Sociales y por lo tanto, siendo el Fondo de Prestaciones Sociales una entidad autónoma, tiene suficiente capacidad de comparecer por sí sola al proceso a defender sus intereses.

A su vez, es preciso señalar 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 objetivo, entre otros atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a partir del 29 de diciembre de 1989.

Además, de conformidad con 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 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 S.A. tiene la representación únicamente respecto al pago de los derechos ya reconocidos.

Esta falta de interés sustancial del litigio, como ya se señaló, conduce necesariamente a que se configure la falta de legitimación en la causa por pasiva de mi mandante, lo que impide que se tramite la presente acción, pues no es la persona que en derecho está facultado para actuar en la Litis como demandado. Por medio de la presente aporto como prueba, Concepto emitido por la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 23 de mayo de 2002, anunciado aquí, en 6 folios.

EXPRESA PROHIBICION LEGAL

El Art. 21 de la ley 715 de 2001, claramente ordena en cuanto al límite del crecimiento de los costos, que *“los compromisos que adquieran los departamentos, distritos y municipios certificados para la prestación de los servicios a su cargo, cuando se adquieran con recursos del Sistema General de Participaciones, no podrán superar el monto de la participación para educación, en la respectiva vigencia fiscal, certificada por el Departamento Nacional de Planeación, para cada entidad territorial. Los departamentos, distritos y municipios no podrán autorizar planta de personal docente o administrativo a cargo del Sistema General de Participaciones, que superen el monto de los recursos de éste.”*

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION LEGAL

No es competencia ni obligación legal del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR asumir el pago del concepto que se demanda teniendo en cuenta que se trata de una prestación social a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por ser una cuenta especial de la Nación y que no corresponde al erario del Departamento.

LA GENERICA

La que el señor juez encuentre probada dentro del presente proceso de N. y R. de Derecho.

FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS.

Es menester señalar que la ley y en la mayoría de los casos la jurisprudencia nacional, han sido rigurosos con los elementos que debe probar el actor para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndose las siguientes cargas procesales: la individualización precisa del acto que se demanda, la identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; copia del acto acusado; si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la actuación administrativa.

Además, una vez emitidos los actos administrativos se considera que los mismos están ajustados a derecho, esto es, a las normas jurídicas que le son de obligatoria observancia y cumplimiento. Es una presunción que la ley denomina iuris tantum, la cual se puede desvirtuar cuando se demuestra que se contravino el ordenamiento jurídico.

Como contrapartida necesaria y lógica de la presunción de legalidad de dichos actos, la Constitución y las leyes, en su orden, han regulado y reglamentado, la teoría de las nulidades, con la finalidad de ejercer un control a través del ejercicio de determinadas acciones sobre el actuar de la administración.

Los actos administrativos cumplidos en ejercicio de facultades regladas y de conformidad con los recaudos necesarios para su validez en cuanto a forma y competencia, deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos de valor de cosa juzgada en pro y en contra de los administrados y del mismo poder actuante, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea en supuestos en que ha mediado error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y que hayan sido acreditados con maniobras dolosas o fraudulentas.

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

En el caso que nos ocupa, solicita el demandante que se declare la nulidad de los actos administrativos fictos, que resolvieron las solicitudes de reconocimiento y pago de sanción moratoria, presentadas los días 5 de mayo de 2009 y el día 15 de marzo de 2010.

Solicita como restablecimiento del derecho, que se ordene a la entidad demandada- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, a reconocer y pagar la sanción moratoria de que trata las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En caso de comprobarse el derecho pretendido, es el **Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio** quien debe hacerlo efectivo y no mi apadrinado.

El problema jurídico en esta instancia se contrae a determinar en primer lugar si hay lugar al pago de la sanción moratoria que es pretendida por la parte demandante.

La ley 115 de 1994 o Ley General de Educación en su artículo 115 dispone un régimen especial de los educadores estatales, determinando que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del estatuto docente. Así mismo señala que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989 y en la ley 60 de 1993.

La introducción de normas, con categoría de principios constitucionales, por las que viene abogando la corriente del pensamiento económico-fiscal aludido, se dirigen a que las mismas propicien la moderación y la prudencia en los gastos, que no es cosa diferente a introducir una limitante a la garantía, al reconocimiento, al goce efectivo de los derechos fundamentales y al desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales. Limitante o condicionamiento que va dirigido a todas las autoridades públicas, incluidas, como es obvio, a los jueces.

El principio de **equilibrio presupuestal** en la teoría de la hacienda pública clásica, en el siglo XX, consistía en que los gastos totales del Estado no debían superar, en un ejercicio presupuestal normal, el total de los ingresos corrientes del Estado. Es decir, se trata de un principio en el sentido

de norma muy general, entendiéndose por tal las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales (Atienza y Ruiz Manero, 2007).

Ahora bien, el artículo 81 de la ley 812 de 2003 señala que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, norma que al ser reglamentada por el artículo 3 del decreto ley 3752 de 2003 señala: "La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente".

Según lo expuesto, en ningún momento se ha violado los derechos del demandante, ya que se está aplicando el régimen legal de liquidación de cesantías al que se encuentra sujeta.

De modo que ningún restablecimiento del derecho, a través de esta acción puede derivarse de un acto legal, como es el censurado en este proceso. El reclamo de un daño por un acto legal sólo es procedente mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual por daño especial, ya que el restablecimiento del daño en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sólo es posible como consecuencia de la declaración de nulidad del acto, que opera cuando el acto es contrario al ordenamiento legal, o está falsamente motivado o ha sido proferido con desvío de poder, circunstancias éstas que no se dan en el presente asunto.

Por esta razón, los hechos esbozados por el apoderado de la demandante, son solo simples afirmaciones desprovistas de veracidad o prueba alguna, ya que al libelo no acompañó ningún medio probatorio que los acredite, es por ello que solicito al despacho dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C., el cual establece que incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen y en este sentido, en el presente caso, los hechos se tienen como no probados.

PETICIÓN

Solicito respetuosamente al señor juez lo siguiente:

Declárese probado la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*.

En caso de no declararse lo anterior, se sirva negar las pretensiones de la demanda, por ausencia total de responsabilidad de mi mandante.

ANEXOS

Poder otorgado al suscrito para actuar en el presente trámite, junto con copia autentica del Decreto 352 de 28 de noviembre de 2014, que le delega al Doctor GUILLERMO SANCHEZ GALLO la facultad de representar judicialmente a la entidad, Copia del Decreto No. 329 de 11 de noviembre de 2014 y Acta de Posesión del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

96 6

RASHID HERNANDO ALI CARCAMO
ABOGADO TITULADO
Especialista en Derecho Procesal
Tel. 3017947784 - E-mail: rashidalicar@gmail.com
Cartagena de Indias, Colombia

PRUEBAS

Solicito se tengan como tales las aportadas con la demanda.

NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la ciudad de Cartagena, Calle Real del Cabrero # 43 – 14, Edificio Mirador del Cabrero.

Mi poderdante también en la ciudad de Cartagena, en el barrio manga, Palacio Departamental, diagonal a la DIAN, Oficina depto. Jurídico 4° Piso, lugar ampliamente conocido.

Del Señor Juez, con el respeto acostumbrado.

Atentamente,



RASHID HERNANDO ALI CARCAMO
C.C. No. 3.873471 de Cartagena
T.P. No. 170.423 del C.S. de la J.