

INGRID FORTICH HERRERA

ABOGADA

Universidad de Cartagena
Especialista en Derecho Administrativo
Universidad Libre de Colombia
Manga, Segunda Avda. Edificio Pirai 101- Tels. 6461076-3106336653- Cartagena-Col
E-mail:ingridfortich15@hotmail.com

30 AGO. 2016



Señor (A):

JUEZ ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E.....S.....D

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARELYS VEGA GONGORA

DEMANDADA: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-ANTE EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

RAD No. 13001-33-33-011-2015-00444-00

INGRID DEL ROSARIO FORTICH HERRERA, mayor de edad, vecina y residente en Cartagena de Indias, identificada con la C.C. No. 45.464.289, abogada en ejercicio, portadora de la T.P. No. 79.644 del C.S.J., actuando en calidad de apoderada judicial del Departamento de Bolívar dentro del presente asunto, conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica del dicha entidad, con el debido respeto concurro ante Usted, dentro de la oportunidad legal a fin de CONTESTAR LA DEMANDA, en los siguientes términos:

1. NOMBRE DEL DEMANDADO, DOMICILIO Y NOMBRE DE SU REPRESENTANTE LEGAL

Mi representado judicialmente es el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, entidad territorial de derecho publico, con domicilio principal en Cartagena de Indias, Centro calle 34 No. 4-21, Plaza de la Proclamación.

El representante legal del Departamento de Bolívar es el Gobernador Dr. DUMEK TURBAY PAZ, elegido popularmente para el periodo 2016-2019, quien es mayor de edad, con domicilio y residencia en Cartagena de Indias.

El Gobernador de Bolívar, Dr. DUMEK TURBAY PAZ, delego en la Oficina Asesora Jurídica, través del Decreto No. 014 del 4 de enero de 2016, la competencia para otorgar poderes a los profesionales del derecho, para representar a la entidad territorial en los procesos judiciales en los que intervenga el Departamento de Bolívar.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica es la Dra. ADRIANA MARGARITA TRUCCO DE LA HOZ, tal como se desprende del acta de posesión que se anexo al poder otorgado a la suscrita para el presente proceso. Razón por la cual solicito se me reconozca personería para actuar.

2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante, contra mi mandante, por cuanto no están llamadas a prosperar, toda vez que carecen de fundamentos facticos y jurídicos, y propongo contra las pretensiones las siguientes **EXCEPCIONES:**

A. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

El Departamento de Bolívar, es una entidad de derecho público de creación legal, independiente del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, creado a partir de la expedición de la ley 91 de 1989 y cuya representación esta a cargo de la Nación-Ministerio de educación nacional.

El numeral 5º. Del artículo 2 de la ley 91 de 1989 determina que Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de dicha Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

En virtud de esta norma, son de cargo de la NACION a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de las cesantías, entre otras prestaciones.

La demandante solicitó el reconocimiento y pago de CESANTIAS PARCIALES, las cuales fueron reconocidas por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante resolución No. 0272 DEL 29 DE ENERO DE 2014.

Como se dijo anteriormente, por virtud de la ley 91 de 1989, le compete a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, asumir el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales a los docentes nacionalizados, luego no compete al Departamento, pues no es su obligación legal realizar reconocimientos y pago alguno por estos conceptos.

Consideramos que no existe legitimación en la causa por pasiva, de acuerdo con los distintos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado que señala:

“La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada”¹.

En cuanto a las diferencias existentes entre la **legitimación de hecho** y la **legitimación material** en la causa, se tiene que la primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

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 demandadas². De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o

¹ Sentencia del 23 de octubre de 1990, expediente: 6054. Este criterio fue reiterado por la Subsección A en la sentencia de 14 de marzo de 2013, Expediente 28.131.

² 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.

por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala³,

“«[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.*

“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” (Negritillas 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 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 actores⁴.

B. CARENCIA DE DERECHO PARA PEDIR – INEXISTENCIA DE OBLIGACION LEGAL:

La ley 344 de 1996 por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, en su artículo 14 establece lo siguiente: Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse. (los términos subrayados fueron declarados inexecutable). Esta norma establece una clara excepción en cuanto a la sanción por mora en el

³ 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.

⁴ 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.

pago de las cesantías, cuando se trata de cesantías parciales, pues existe una clara distinción en lo que se refiere a las cesantías definitivas y las cesantías parciales.

La Corte Constitucional, luego de hacer un análisis de constitucionalidad de la norma citada, mediante sentencia C-428 de 1997, señaló lo siguiente: "A nadie se oculta, entonces, que si bien la seguridad social -materia prevaleciente en la Ley 100 de 1993- se presenta como objeto de labor legislativa fácilmente separable de la que implica el poder de imposición del Estado, pueden vincularse desde el punto de vista material cuando, como en el proceso presente, se aprecia que, para el adecuado e integral cumplimiento de los cometidos sociales subyacentes a esa normatividad, son indispensables la canalización de recursos y el arbitrio rentístico, lo que, dentro de un sistema ordenado y previamente concebido por el legislador, aconseja el uso de las atribuciones constitucionales del Congreso para incorporar, en un solo haz normativo, las reglas que, a su juicio, son aptas para la finalidad propuesta, como ocurre con el Fondo de Solidaridad creado y con la necesaria referencia a las fuentes que lo alimentan, una de las cuales son los tributos objeto de demanda".

"Considera la Corte que todos los temas tratados en las normas enjuiciadas tienen un denominador común -cumplir el objetivo de racionalización y disminución del gasto público- y que ese elemento, sustancialmente resultante de los textos mismos sometidos a examen, atiende a todas luces los requisitos constitucionales sobre unidad de materia; con lo cual se desvirtúa de plano el cargo formulado".

En ese sentido, el FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al expedir la resolución No. 0272 DEL 29 DE ENERO DE 2014, cumplió con el mandato legal de reconocer y liquidar las cesantías parciales a la hoy actora, empero señaló que el pago estaba sometido a las limitaciones en materia presupuestal, con lo que no se le viola derecho alguno a la actora, pues se hizo con amparo en una norma de carácter legal (la ley 344 de 1996, artículo 14).

Luego al haber actuado en derecho el FONDO DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no existe fundamento para que prospere las pretensiones del demandante.

C. RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA

En el evento en que prospere la pretensión de nulidad incoada, la obligación de reconocimiento y pago de la sanción moratoria correspondería exclusivamente a la fiduciaria, toda vez que el FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, expidió la resolución No.0272 DEL 29 DE ENERO DE 2014, mediante la cual reconoció y liquidó las cesantías parciales del docente MARELYZ VEGA GONGORA, dentro de los términos propios del trámite de las tantas solicitudes acumuladas en la dependencia.

3. PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LOS HECHOS:

AL PRIMERO: Es cierto.

AL SGUNDO: Es cierto. Mas que un hecho es una norma de carácter legal.

AL TERCERO: No me consta la fecha de la solicitud. La parte demandante deberá demostrarla con las pruebas pertinentes y conducentes.

AL CUARTO: Es cierto.

AL QUINTO: No me consta que esa sea la fecha en que efectivamente se realizó el pago. Este hecho debe probarse con los documentos probatorios correspondientes, que serán materia de debate probatorio. Ya que, con la demanda se aportaron copias simples y se requiere que tanto el FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la entidad fiduciaria que efectuó el pago, remitan copia del expediente administrativo.

AL SEXTO: No es un hecho. El apoderado de la parte actora cita una norma de carácter legal.

AL SEPTIMO: No es un hecho, el apoderado de la parte actora cita un extracto de sentencia del Consejo de Estado.

AL OCTAVO: No es cierto que exista mora en el pago de las cesantías parciales, toda vez que La ley 344 de 1996 por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gastopúblico, en su artículo 14 establece lo siguiente: Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse. (los términos subrayados fueron declarados inexecutable). Esta norma establece una clara excepción en cuanto a la sanción por mora en el pago de las cesantías, cuando se trata de cesantías parciales, pues existe una clara distinción en lo que se refiere a las cesantías definitivas y las cesantías parciales.

AL NOVENO: No me consta, ya que si bien, dentro de las copias del traslado de la demanda se aporta una solicitud elevada por la doctora JANNINA JACKELIN ARIZA GAMERO de fecha 30 DE JULIO DE 2014, se trata de una petición en representación supuestamente MARELYZ VEGA GONGORA pero no SE ENCUENTRA FIRMADA Y TAMPOCO obra poder para elevar dicha petición, por lo tanto; no se estaría demostrando la existencia de dicha petición ante la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

4. PRUEBAS

- Solicito a su señoría, se sirva ordenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECCIONAL BOLIVAR, se sirvan enviar al presente proceso, copia de la actuación administrativa que sirvió de antecedente a la expedición de la resolución No. 0272 DE ENERO 29 DE 2014.

5. ANEXOS

Poder a mi favor.

6. NOTIFICACIONES

Mi poderdante las recibirá en la sede administrativa de la Gobernación de Bolívar Casa de la Moneda, calle de la Moneda, Centro de la ciudad de Cartagena de Indias.

La suscrita en Cartagena, barrio Manga, segunda avda. edificio Pirai apto 101. E-mail: ingridfortich15@hotmail.com.

De Su Señoría;



INGRID FORTICH HERRERA
 C.C.No. 45.464.289
 T.P. No. 79.644 del C.S.J.