



Popayán, junio de 2021

Magistrado

JAIRO RESTREPO CACERES

Tribunal Administrativo del Cauca

correo electrónico: stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROCESO : 19001-23-33-005-2020-00671-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : ROHIMA SHEK OBREGON
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

Cordial saludo,

INGRID NATHALIA EUSCATEGUI RIVAS, mayor de edad, vecina de la ciudad de Popayán, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.061.720.325 expedida en Popayán, abogado en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional número 240.270 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial del Departamento del Cauca, de conformidad con el poder conferido por su representante legal, por medio del presente documento me permito **CONTESTAR** la demanda incoada por la señora **ROHIMA SHEK OBREGON**, en contra de la **NACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DEL CAUCA Y OTROS**, previas las siguientes consideraciones:

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.

La **PARTE DEMANDANTE**, está conformada por la señora **ROHIMA SHEK OBREGON**, identificada con la cédula de ciudadanía No. **34.511.367** expedida en **PUERTO TEJADA**, representada por su apoderada **Dra. ANGELICA MARIA GONZALEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. **41.952.397** de **ARMENIA** y acreditada con la T.P. No. **275.998** del C.S. de la J.

La **PARTE DEMANDADA**, la conforma el **DEPARTAMENTO DEL CAUCA - SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA**, representado legalmente por el **Dr. ELIAS LARRAHONDO CARABALI**, identificado con la cédula de ciudadanía C.C. No. 10.365.206 de Buenos Aires Cauca, para efectos de representación en el presente asunto se ha otorgado poder especial amplio y suficiente a la suscrita abogada **INGRID NATHALIA EUSCATEGUI RIVAS**, portadora de la T.P. No. 240.270 del C. S. de la J. y cédula de ciudadanía No. 1.061.720.325 expedida en Popayán.



FRENTE A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Por no estar legitimada en la causa por pasiva la entidad que represento judicialmente y por no ser la llamada a responder por las pretensiones de la demanda propuesta, me opongo a todas y cada una de las **DECLARACIONES O CONDENAS**, por las razones y excepciones que más adelante manifestaré.

FRENTE A LOS HECHOS FUNDAMENTO DEL MEDIO DE CONTROL, no realiza pronunciamiento de fondo, por estar legitimada en la causa por pasiva frente al objeto del litigio, ni tener obligación alguna respecto de los reconocimientos que eventualmente llegaren a ordenarse, según lo solicitado por la demandante.

DE LAS EXCEPCIONES.

Se proponen en favor de la entidad que represento judicialmente las siguientes:

1.- EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Como es conocido 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, relacionándose entonces con la identidad del demandado que tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho solicitado.

Para el caso que nos ocupa, las pretensiones de la demanda van encaminadas a que se declare la nulidad de la **Resolución N° 0688-08-2020 del 27 de agosto de 2020**, notificada el **09 de septiembre de 2020**, frente a la petición radicada ante la Secretaria de Educación del Departamento del Cauca el día **25 de febrero de 2020**, mediante el cual **niega a la señora ROHIMA SHEK OBREGON el reconocimiento de una PENSIÓN DE VEJEZ LEY 100**, acto que según la demandante debió ser reconocida y pagada una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir a partir de **23 de diciembre de 2018**, por haber completado las 1.000 semanas de aportes y los 55 años de edad, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial, lo cual - de ser procedente - debe ser reconocido por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, al tenor del artículo 9 de la Ley 91 de 1989 y cuyo pago es responsabilidad del FPSM, "función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales", y que se materializó con la expedición del Decreto 2831 de 2005.

Al respecto, en el Auto del 8 de marzo de 2001, siendo Magistrado Ponente el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte señaló:

"(...) Acorde con los principios básicos del derecho procesal, especialmente con el denominado "legitimidad en la causa por pasiva", las obligaciones jurídicas son exigibles respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley o el contrato a responder por ellas. Así las cosas, para que la acción judicial se abra camino en términos de favorabilidad, es necesario que - además de que se cumplan otros requisitos- exista una coincidencia de derecho entre el titular de la obligación pretendida y el sujeto frente a quien dicha conducta se reclama. La incongruencia o falta de identidad entre dichos sujetos, conduce usualmente al proferimiento de



sentencias desestimatorias, las cuales, como es obvio, resultan altamente perjudiciales para el demandante.”

Ahora bien para respaldar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento del Cauca – Secretaría de Educación y Cultura, me permito transcribir apartes del Acta de Audiencia inicial llevada a cabo en el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, en el proceso radicado bajo el número 19001233300320130004800, Actor JOSE LUIS MONTAÑO LASSO- DEMANDADO: NACION – MINEDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL CAUCA-MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en los siguientes términos:

“Decisión de excepciones previas,

El Art. 180 numeral 6, prevé que dentro de la audiencia inicial, se resolverá, de oficio o a petición de parte, sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

En este caso, la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso las excepciones de falta en la legitimación en la causa por pasiva, de ineptitud de la demanda y de prescripción. También, a de inexistencia de la obligación y la genérica.

En esta etapa procesal, el despacho resolverá sobre las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, de ineptitud de la demanda y de prescripción, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De la falta de legitimación.

El despacho advierte que en asunto de la referencia, se demanda la nulidad de las resoluciones No. 1200 de 24 de julio de 2012 y No. 1828 de 22 de octubre de 2012, proferidas por la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, “ en nombre y representación de la Nación – Prestaciones Sociales del Magisterio en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 56 de la Ley 962 y el Decreto 2831 del 2005”; Resoluciones en las que se negó al señor JOSE LUIS MONTAÑO LASSO, el reconocimiento y pago de la pensión post mortem de 18 años, causada por el fallecimiento de la docente SOFIA CUERO GARCIA.

“... Ahora bien, de conformidad con el numeral 5, del artículo 2, de la ley 91 de 1989, prestaciones sociales del personal docente, que se causen con posterioridad a la vigencia de dicha ley, están a cargo de la Nación, y se pagarán con recursos del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dice la norma citada:

Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la ley 43 de 1975, la Nación y la Entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...)

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la



Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

En este mismo sentido, el Consejo de estado, Sala de Consulta y servicio civil, en concepto 1423 de 23 de mayo de 2002, concluyó, indubitablemente, que, en tratándose de litigios en los que se involucren actos administrativos sobre el reconocimiento de prestaciones sociales, la representación del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará a cargo de la Nación- Ministerio de Educación Nacional.

En los conceptos se lee:

En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

A la Fiduciaria La Previsora S: A le corresponde ejercer la representación fideicomiso como los previstos en el artículo 123 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.

También, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, en pronunciamiento de 14 de febrero de 2012, radicado, al resolver sobre la excepción de falta de legitimación en la cusa por pasiva del Ministerio de Educación Nacional, en asunto sobre la re-liquidación de una pensión a favor de un docente, explicó:

“Sostiene el Ministerio de Educación Nacional, en el recurso de apelación, que contrario a lo afirmado por el Tribunal, es la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá a quien, en virtud de lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 le correspondía comparecer al presente proceso con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por la señora Luz Nidia Olarte Mateus contra los actos administrativos que le negaron la reliquidación pensional conforme lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985

(...)

No obstante lo anterior y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del Ente Territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

La sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005, fue la de simplificar una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “ Las prestaciones sociales que pagará el



Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio serán reconocidas por el citado fondo.

De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones."

De manera que normativa y jurisprudencialmente, es claro y expreso que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados le corresponde a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Siendo que en el caso en comento, se debate precisamente sobre el reconocimiento o no de la reliquidación de pensión la pensión vitalicia de jubilación es claro que la legitimada en la causa por pasiva es la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el Departamento del Cauca- Secretaría de Educación y Cultura, cabe anotar que, si bien por disposición legal y reglamentaria, interviene en el trámite y en la suscripción del acto administrativo sobre el reconocimiento de prestaciones sociales a favor de docentes nacionalizados, lo hace en nombre y representación de la Nación- Ministerio –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el artículo 9 de la Ley 91 de 1989, siguiendo el precepto que las prestaciones sociales serían reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación, se previó que se facilitarían su trámite para que fuera realizado en las entidades territoriales.

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.

En este mismo sentido, el artículo 56 de la ley 962 de 2005, sobre racionalización de trámites, estableció:

Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional 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 que se encuentre 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 decreto describe que la Secretaría de Educación Territorial, recibe y radica las solicitudes, elabora el proyecto de acto administrativo, previa aprobación por la entidad fiduciaria lo suscribe, y una vez ejecutoriado remite copia para su pago.

Sobre esto, valga transcribir los siguientes apartes del Decreto:



Artículo 3º. *Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:*

(...)

4. *Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con la Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*

5. *Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.*

(...)

Parágrafo 2º. *Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.*

(...)

De lo que se desprende que el ente territorial no se obliga ni compromete sus recursos para el pago de las prestaciones sociales de los docentes, sino que actúa en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

En consecuencia, no es necesaria la comparecencia del Departamento del Cauca-Secretaría de Educación Departamental a este proceso, por lo que declarará su falta de legitimación en la causa por pasiva."

En un caso similar al que nos ocupa y como apoyo a la excepción alegada por la entidad que represento, me permito traer a colación la sentencia No. 122 del 03 de septiembre de 2014, proferida por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE POPAYAN**, en el Expediente radicado bajo el Nro. 19001-33-33-003-201300064-00, siendo **DEMANDANTE: NORBERTO MAYORGA SANCHEZ,- MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, DEMANDANDO: NACION-**



MINISTERIO DE EDUCACION. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A Y DEPARTAMENTO DEL CAUCA, CUYOS apartes pertinentes se transcriben:

“3.1 De la falta de legitimación en la causa por pasiva... La apoderada del Departamento del Cauca argumento que las prestaciones sociales de los docentes no se encuentran a cargo de la entidad territorial sino de la Nación.

El apoderado de la Nación y de la FIDUPREVISORA S.A manifestó que sus representadas no expidieron las resoluciones demandadas, actos administrativos que contienen la voluntad de la Secretaría de Educación territorial.

Para resolver se tiene en presente que para cumplir con las obligaciones de los docentes se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

En el sub examine, las pretensiones van encaminadas a la reliquidación de una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago es responsabilidad del Fondo al tenor del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, función que puede delegar en las entidades territoriales de conformidad con el artículo ejusdem.

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

*El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 refiere que el Secretario de Educación del ente territorial al que se halle vinculado el docente es quien proyecta la resolución de reconocimiento de la prestación, pero quien finalmente lo **aprueba** es el Administrador del Fondo (actualmente FIDUPREVISORA S.A)*

“Artículo 56. RACIONALIZACION DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALAES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional 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 que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la Entidad Territorial.”

Se concluye sin mayor esfuerzo que el objeto de la norma es únicamente la racionalización del trámite que debe surtirse ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto al trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo, se halla establecido en el Decreto No. 2831 de 2005 del Ministerio de Educación Nacional, señalando que la solicitud se radica en la Secretaria de Educación de la entidad territorial certificada a cuya planta

pertenezca o haya pertenecido el docente, y ésta elaborará el proyecto de acto administrativo remitiéndolo a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo, para su aprobación:

Artículo 2. Radicación de solicitudes...

Artículo 3. Gestión a cargo de las secretarías de educación...

Por disposición legal la intervención de la entidad territorial en este campo es de simple facilitador entre el docente y la Administración central. En este sentido, aunque quien profiere los actos demandados es el secretario de educación del Departamento del Cauca, ello es en cumplimiento de las atribuciones conferidas en las normas aducidas, y en representación de la Nación...

El Tribunal Administrativo del Cauca en el Auto Interlocutorio No. 229 del 29 de mayo de 2014, con ponencia del Doctor David Fernando Ramírez Fajardo, se pronunció al respecto:

“Dado lo anterior se vislumbra que los entidades territoriales actúan como simples facilitadores para que los docentes tramiten el reconocimiento y pago de las acreencias originadas de las prestaciones sociales, la cual está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues si bien los Entes Territoriales elaboran los proyectos de actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones de los mencionados docentes y posteriormente con la aprobación de la Fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, los suscriben, es en representación de dicho Fondo por mandato de la Ley. En esa medida no se obliga al ente territorial, ni se comprometen sus recursos para el pago de tales prestaciones. De esta manera prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva material- a favor del DEPARTAMENTO del Cauca y de la FIDUPREVISORA S.A, obligación que recae únicamente en la Nación Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

En este orden de ideas, resulta fácil colegir que 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. En resumen, la legitimación en la causa 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 frente a la misma y debe entonces, simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

De conformidad con las situaciones que se han puesto de presente hasta aquí, es claro que el DEPARTAMENTO DEL CAUCA- SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA no es el llamado a responder por las situaciones que se han plasmado en el acápite de los hechos de la demanda, por cuanto la competencia legal tanto del reconocimiento como del pago de las prestaciones del personal docente y por ende el llamado a responder por las situaciones litigiosas que en derecho se decidan, se encuentra radicada única y exclusivamente en el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, el cual – como se ha dicho - se encuentra



administrado por la Fiduciaria La Previsora S. A., es decir que para el caso en concreto, EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA- SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA, no se encuentra legitimado por pasiva, para concurrir al proceso como parte demandada.

2.- EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA - SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA.

Teniéndose establecido hacia donde van dirigidas las pretensiones de la demanda y como producto de la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento del Cauca- Secretaría de Educación y Cultura, no existe posibilidad jurídica que lleve a que en el evento de ser declarada la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, mi representado sea condenado a concurrir en el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora **ROHIMA SHEK OBREGON**, vinculada como docente oficial dentro de la planta de cargos del Departamento del Cauca, con cargo a sus propios recursos; pues tal y como lo ha establecido la Ley 91 de 1989 el reconocimiento de la prestación contenida y reconocida en el acto demandado así como los reajustes que de ella se prediquen, se encuentran a cargo de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la fiducia encargada de administrar los recursos del FPSM, pues como se establece claramente de las normas vigentes que reglamentan la materia prestacional del personal docente oficial, lo que existe por parte de la **Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca**, una simple delegación de funciones de intermediación **en la expedición de los respectivos actos administrativos de reconociendo y pago; delegación que obedece a las estrategias legales de racionalización de trámites ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Lo anterior también tiene como soporte legal el artículo 18 de la Ley 715 de 2001 el cual establece:

“Administración de los recursos. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

Parágrafo 1º *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionara el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

Parágrafo 2º **Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.** (Subraya y negrilla fuera de texto)

3.- EXCEPCION INNOMINADA o GENERICA, como subsidiaria y fundamentada en lo que resulte probado dentro del proceso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

Como ya es sabido el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos, por expresa autorización legal, deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

En efecto, el artículo en cita autorizó al Ministerio de Educación celebrar un contrato de fiducia mercantil para el cumplimiento de las funciones asignadas por la ley al Fondo, entre las que se cuentan, atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes y garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales.

En el esquema de administración establecido por la ley para el cumplimiento de las funciones del Fondo, intervienen, el Ministerio Educación, el Consejo Directivo del Fondo - integrado por el Ministerio mencionado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – hoy Ministerio de la Protección Social, dos representantes del magisterio, el gerente de la fiduciaria y la entidad fiduciaria.

De acuerdo con lo previsto en la ley 91 de 1989, el esquema de funciones y responsabilidades que el legislador concibió para el manejo de los recursos del Fondo, es el siguiente:

- Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, además de celebrar el contrato, tiene entre sus funciones, velar por el buen manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la buena administración y pago de los mismos en las prestaciones de los docentes del magisterio.

De conformidad con el artículo 7° de la ley 91 de 1989, *“El Consejo Directivo del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del magisterio, tendrá las siguientes funciones:*

1. *Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos;*
2. *Analizar y recomendarlas entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo¹.*
3. *Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.*
4. *Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de recursos (...).”*

¹ Ley 91 de 1989. Artículo 5°. (...) 2. *“Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.”*



La entidad fiduciaria – FIDUPREVISORA S.A. administra los recursos del fideicomiso, celebra los contratos requeridos para la prestación de los servicios de salud, así mismo **se encarga de pagar las prestaciones sociales** que le sean reconocidas a los afiliados. (Subraya fuera de texto).

En concordancia con lo dispuesto en la ley, el Decreto 1775 de 1990 desarrolló las funciones de cada uno de los órganos que intervienen en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones sociales; así, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad que administra sus recursos (FIDUPREVISORA S.A.) es el encargado de la aprobación y/o negación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales a los docentes, como también realizar el pago de las mismas; y, el Ministerio de Educación o su delegado en este caso el Departamento del Cauca – Secretaría de Educación y Cultura expide el acto administrativo de reconocimiento del derecho previa aprobación y/o negación de FIDUPREVISORA S.A., dicho acto se expide en representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En cuanto a la administración de los recursos de la seguridad social de los maestros afiliados al Fondo, el Decreto 2019 de 2000, señala que la entidad fiduciaria, tal y como lo concibió el legislador, es la encargada de celebrar los contratos que se requieran para la oportuna prestación de estos servicios, quien obra previa la recomendación que al efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

El legislador al crear el FPSM, lo organizó como una cuenta especial, administrada a través de un contrato de fiducia para el pago de las prestaciones sociales y de la prestación de los servicios de salud para los afiliados, que no requiere para su operación de una infraestructura administrativa propia. Al respecto el artículo 5° de la ley 91 de 1989 ha establecido: “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.

Así las cosas, resulta claro e incontrovertible que las excepciones de Falta de Legitimación en la causa por pasiva y la subsecuente Inexistencia de la obligación a cargo del Departamento del Cauca - Secretaría de Educación y Cultura



Gobernación del Cauca

propuestas, están llamadas a prosperar en atención a que como se ha establecido el ente territorial solo es el encargado de tramitar y firmar - previa aprobación de la entidad fiduciaria y en representación del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, - los actos administrativos producto de las solicitudes de los docentes, como sucedería en el presente caso, si prosperan las pretensiones de la señora **ROHIMA SHEK OBREGON**, si se demostrare que le asiste la razón.

Adicionalmente y en atención a que el pago de las prestaciones y su reliquidación corre a cargo de una cuenta especial manejada mediante contrato de fiducia mercantil, me permito efectuar unas precisiones respecto de los patrimonios autónomos como sujetos de derecho.

La doctrina clásica considera el patrimonio como uno de los atributos de la personalidad que se haya constituido por la universalidad jurídica compuesta por todos los derechos y obligaciones de carácter pecuniario, ligada ella a una persona natural o jurídica, y predica respecto de él la característica de la unicidad expresada bajo la siguiente fórmula: sólo quienes son personas de alguna de las dos especies indicadas tienen patrimonio, cuanto que a su vez únicamente ellas pueden ser sujetos de derecho; toda persona tiene en abstracto un patrimonio, esto es, sea cual fuere el contenido material y económico, y así no lo haya, lo que dependerá de la dinámica productiva de su titular; y es único cuanto que una persona no puede tener más que un patrimonio, visto éste como el conjunto de elementos activos y pasivos que pertenecen a un mismo sujeto de derecho.

Empero, la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente.

Esos son los llamados en la doctrina los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inocultable utilidad socio- económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios.

Dichos patrimonios tienen su génesis en la ley que determina de alguna manera su conformación e identidad, como ocurre en la fiducia mercantil para poder hacer viable que con los bienes fideicomitidos se cumpla una finalidad o destinación determinada en el acto de la constitución de aquélla. Incluso en cuanto a dicha fiducia, es el legislador quien le otorga a los bienes que integran el fideicomiso la condición de patrimonio autónomo. En sentencia de 03 de Agosto de 2005, Radicado 1909, M.P: SILVIO HERNANDO TREJOS BUENO, se indicó.

“Así, se observa que luego de definirla como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a

administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”, según reza el artículo 1226 C. Co., deja claramente dispuesto enseguida, en el artículo 1227, que “los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida; y adelante fija aún más su alcance al disponer en el artículo 1233 que “para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” (resalta la Corte).”

Quiere decir lo anterior que dentro de las diferentes teorías que se dan en torno a su naturaleza jurídica, el legislador adhirió a la que trata la fiducia mercantil como constitutiva de un patrimonio autónomo afectado a una específica o determinada destinación, pues su fisonomía legal y la teleología que inspira su presencia en el campo de los negocios no dejan margen de duda para considerarlo como tal; de otra manera no se explica que los bienes fideicomitados sólo garanticen las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, que una vez son transferidos al fiduciario no se confunden con los propios de éste ni con los provenientes de otros negocios fiduciarios, ni que deben mantenerse separados tanto material y contablemente, como desde el punto de vista jurídico.

Ahora bien, que sea autónomo el patrimonio que se integra a propósito de la constitución de una fiducia mercantil -como igual puede ocurrir con otras especies del mismo-, y que no tenga personalidad jurídica, no significa a su vez que no está al frente de él ninguna persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente. A ese respecto no puede pasarse por alto que por tal fiducia “se transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario”, y que “solamente los establecimientos y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria pueden tener la calidad de fiduciarios (artículo 1226 C. Co.), lo cual significa, ni más ni menos, que quien como persona jurídica ostenta esa calidad, es quien se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo, al cual, desde esa perspectiva, no le falta entonces un sujeto titular del mismo así lo sea de un modo muy peculiar.

Nada distinto puede deducirse de otras normas mercantiles y en particular de la que señala los deberes indelegables del fiduciario enlistados en el artículo 1234 del C. Co., entre los cuales se hallan aquellos que le imponen “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (n. 1), que comprende, entre otros posibles, la celebración de actos jurídicos que redunden sobre dicho patrimonio, y “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente” (n. 4); ambos indican que en el plano sustancial el fiduciario es quien debe obrar por el patrimonio autónomo cuando la dinámica que le es inherente lo exija, sin que lo haga propiamente en representación del mismo, reservado como ciertamente se halla ésta figura a las personas naturales o jurídicas.

En ese sentido, “el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o estar

expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes"²; y cuanto más las puede ejercer si el respectivo contrato en el que participa con ocasión de ser fiduciario, debe celebrarlo porque así se le impone en el acto de constitución de la fiducia, lo que implica llevar la personería para ese efecto.

Mas para que así ocurra y no entre el fiduciario a responder por el acto propio, es menester que la condición de tal la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, desde luego que si no obra de ese modo puede llegar a comprometer su patrimonio personal; es a él, entonces, a quien en la realización de los actos que le competen como fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa, precisamente para traducir en concreto el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición y de estos entre sí, como dispone el artículo 1233 del C. Co. y ya no desde el punto de vista comercial que se acaba de examinar, sino de los efectos que debe reflejar para cuando con ocasión de la realización de un acto jurídico, como es la celebración de un contrato, se ve precisado el fiduciario a demandar al otro contratante o por el contrario a recibir el reclamo judicial que hace éste en torno al mismo, importa igualmente determinar cómo debe darse su comparecencia al respectivo proceso, lo que se traduce en establecer su condición procesal en asuntos que atañen con el susodicho patrimonio autónomo, punto en el cual cabe hacer las siguientes reflexiones:

a) Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del C. de P. Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad.

b) De modo que, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia respecto de otra especie de patrimonio autónomo, según providencia de 8 de agosto de 1994, a la que se hacen las adaptaciones que demanda el presente caso, en la cual se citó al tratadista Enrico Redenti, nuevamente acogida en sentencia No. 038 de 1999, expediente 5227, bien se puede afirmar ahora que también la fiducia no es persona, ni natural ni jurídica, y por consiguiente no tiene propiamente capacidad para ser parte de un proceso; pero por el hecho de que ella no tenga esa condición ni tenga por consiguiente un representante, deviene que no pueda demandar, ni ser demandada. Mediante la teoría del 'patrimonio autónomo' ello es posible, pero siempre por conducto del fiduciario, quien como titular de los bienes fideicomitidos

² Sergio Rodríguez Azuero, Contratos Bancarios, 5ª edición, Legis, p.846

asume el debate judicial para proteger intereses en razón de esa su condición, "sin que en tal caso se pueda decir, ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente), ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras él un sujeto de quien sea representante). Surge más bien de ahí un *tertiumgenus*, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal".

c) En términos semejantes se han expresado doctrinantes nacionales, entre otros autores, cuando han dicho de manera general respecto de los patrimonios autónomos, lo siguiente: "existen ciertas entidades que sin ser personas jurídicas se ven vinculadas con el proceso; sus integrantes o gestores obran en éste por la calidad de que están revestidos y no en nombre propio aun cuando tampoco en nombre ajeno, precisamente porque la carencia de personería jurídica impide el concepto de representación, el cual implica necesariamente que se actúe en nombre de una persona natural o jurídica" ³; y de manera específica en torno a la fiducia mercantil que "prevista en el artículo 1226 del C. Co. se expresa procesalmente, bien como demandante o como demandado, por intermedio del fiduciario por disponerlo así la ley sustancial, para la protección y consecución de los fines del contrato" ⁴.

En consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, sin perjuicio, claro está, de que eventualmente pueda ser demandado directamente por situaciones en que se les indique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo.

Pero si es precisamente con ocasión del ejercicio o los actos que celebra en busca de obtener la finalidad perseguida en la fiducia mercantil, para lo cual le fue transferido el dominio de los bienes que integran el correspondiente patrimonio autónomo, la cuestión no atañe estrictamente con el presupuesto de capacidad para ser parte, que bajo las consideraciones anteriores se supera suficientemente para asegurar su comparecencia al proceso por conducto del fiduciario como su especial titular, sino con la legitimación en la causa, habida consideración de que, como lo señala también un autor nacional, "el fiduciario es titular de un derecho real especial, en cuanto está dirigido a unos fines negociales predeterminados por el fideicomitente en el negocio fiduciario. Y esa titularidad reposa sobre el bien transferido que constituye el denominado patrimonio autónomo. De allí (...) que el fiduciario detenta es una legitimación sustancial restringida por los límites del negocio celebrado"⁵.

Por lo anteriormente expuesto, me permito realizar a la señora Juez la siguiente:

PETICION:

³ Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, ABC, p. 218

⁴ Gilberto Peña C., Algunos Aspectos sustanciales y procesales de la F. mercantil, p.41

⁵ Ernesto Rengifo García, La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia, U. E. C., p. 97



Gobernación del Cauca

Que con fundamento en los anteriores argumentos debidamente sustentados en la normatividad vigente aplicable al caso, se declaren probadas las excepciones de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva y la subsecuente Inexistencia de la Obligación a cargo del Departamento del Cauca - Secretaría de Educación y Cultura, propuestas en la presente contestación y en consecuencia de lo anterior se exonere al Departamento del Cauca - Secretaría de Educación y Cultura del Departamento, de las responsabilidades derivadas de las eventuales declaraciones a que en derecho haya lugar, en el presente asunto.

PRUEBAS:

DOCUMENTALES:

Solicito tener como tales las aportadas al proceso por la parte demandante y el expediente administrativo que se adjunta.

Las que su Despacho decrete de oficio por estimar pertinentes y conducentes.

ANEXOS:

Además de lo enunciado en el acápite de pruebas, me permito anexar los siguientes documentos:

1. Poder conferido por el Representante Legal de la Entidad Territorial, acta de posesión, que acreditan al Dr. ELIAS LARRAHONDO CARABALI, como Gobernador del Departamento del Cauca.

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en el E mail: juridica.educacion@cauca.gov.co, y nathaeuscategui@outlook.com

Atentamente,

Nathalia Euscategui R.

INGRID NATHALIA EUSCATEGUI RIVAS

C.C No. 1.061.720.325 de Popayán

T. P. No. 240.270 del C.S. de la Judicatura.