

Juez

QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E.S.D.

Referencia: Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho **DE OLGA ISIDRA GALVIS GUTIERREZ** contra **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-FOMAG**. Radicación: **13-001-33-33-005-2021-00088-00**. **Asunto: Contestación de la demanda y excepciones de mérito.**

I SELA BERROCAL LLORENTE, mayor de edad, vecina y residente en Cartagena, identificada con la cédula de ciudadanía N°45.757.757 expedida en Sincelejo, portadora de la Tarjeta Profesional de Abogado N° 113.090 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado especial del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, conforme a poder que obra en el expediente, dentro de la oportunidad correspondiente presento **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE MERITO**, lo cual realizo en los siguientes términos:

TEMPORALIDAD DEL ESCRITO:

La notificación del auto admisorio se realizó el 15 de octubre de 2021, de conformidad con el artículo 199 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), mediante envío al buzón electrónico de la parte demandada, la Procuraduría y la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, de copia del auto admisorio de la demanda, la demanda y sus anexos.

El traslado de la demanda comenzará a correr al vencimiento del término común de treinta (30) días después de surtida la última, y correrá durante los 30 días siguientes (artículos 175 CPACA, modificado por el artículo 37 Ley 2080 de 2021).

En consecuencia, el término para contestar la demanda se extiende hasta el 30 de noviembre de 2021 pero por la suspensión términos se amplió el mismo siendo inhábiles todos los sábados y domingos comprendidos en ese lapso, por ser vacancia judicial y festivos. Por lo anterior, me encuentro en la oportunidad

procesal para contestar la demanda y excepcionar.

I. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS “PETICIONES y CONDENAS”

Me opongo a las peticiones y condenas de la demanda por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable.

En caso de ser despachadas favorablemente al demandante deberá excluirse al Departamento de Bolívar por no ser la entidad obligada por ley al pago de la Sanción por Mora solicitada en este proceso.

Por las mismas razones me opongo a los argumentos expuestos en el capítulo “*fundamentos de derecho*”. En consecuencia, por las razones de defensa que a continuación se exponen, mi mandante deberá ser absuelto de todo cargo y condena y condenar la demandante en costas.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS:

AL HECHO 1. No me consta, deberá probarse con prueba documental.

AL HECHO 2: Es cierto que a través de la petición de fecha 5 de abril de 2019 se solicitó reconocimiento y pago de las cesantías a que tiene derecho la peticionaria, de acuerdo a prueba documental aportada.

AL HECHO 3: Es cierto que se le reconoció el pago de las cesantías mediante resolución No. 2829 del 15 de julio de 2019.

AL HECHO 4: Es cierto que las cesantías le fueron pagadas el día 13 de mayo de 2020 de acuerdo a la prueba documental aportada en la demanda.

AL HECHO 5: No me consta que se haya producido la sanción por mora, deberá acreditarse dentro del proceso.

AL HECHO 6: Es cierto que la demandante solicitó el pago de la sanción por mora de sus cesantías en escrito de fecha 29 de julio de 2020.

AL HECHO 7: Es cierto que no hubo conciliación ante la procuraduría de asuntos administrativos.

AL HECHO 8: Es cierto que la representación legal del Fomag la ostenta la Nación-Ministerio de Educación.

AL HECHO 9: Es cierto que el pago de las cesantías de los docentes educativos del sector oficial le compete al FOMAG.

III. EXCEPCIONES DE FONDO

Para sustentar la defensa de mi apadrinada y demostrar que los actos administrativos demandados están revestidos de legalidad, formulo las siguientes excepciones de fondo, unas dirigidas a la formalidad del presente asunto relacionadas con la caducidad de la acción y la legalidad de los actos acusados:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION PAR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR EN RELACION CON LAS PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES

De conformidad con la Ley 91 de 1989, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de las prestaciones sociales de los docentes, fecha a partir de la cual se creó el fondo, tal y como lo señala su artículo tercero.

Si la cosa, corresponde dicho fondo atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley 91 de 1989, siempre con observancia del artículo 2 y de los que se vinculen con posterioridad a ella. A los docentes se les cancela con dineros del SISTEMAGENERAL DE PARTICIPACION y quien maneja las prestaciones es la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG-.

La representación judicial y extrajudicial del fondo, de conformidad con el concepto de fecha 23 de mayo de 2002, dentro del radicado 1423 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de estado, en el cual señaló que la representación judicial del Fondo le corresponde al Ministerio de educación nacional y no al Departamento de Bolívar.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA FALTA POR PASIVA

No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

La Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que **pagará** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán **reconocidas** por el citado Fondo.”

Con la expedición de la Ley 962 de 2005 se racionalizaron algunos trámites y procedimientos ante las entidades públicas no existía duda de que era el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, a quien le correspondía pagar las prestaciones pensionales de los docentes oficiales. El legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes. Así se observa en el artículo 5 ibídem.

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la citada norma, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad,

siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

En lo que se refiere a los recursos económicos que hacen parte del citado Fondo, el artículo 8 ibídem indicó que los mismos estarían integrados, principalmente por los aportes de los docentes afiliados, en cuantía del 5% del sueldo básico mensual.

Y, en punto del manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, dispuso que para tal efecto el Gobierno Nacional suscribiría un contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta la cual se encargaría de su administración. Así se observa en el citado artículo 3:

“(....) 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 en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”.

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto 1775 de 3 de agosto de 1990, artículos 5 a 8, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio precisando, en relación con el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, que las mismas debían ser radicadas ante la Oficina de Prestaciones Sociales del respectivo Fondo Educativo Regional, quien procedería a realizar el estudio de la documentación, con el visto bueno de la entidad fiduciaria, para luego expedir la correspondiente resolución de reconocimiento.

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

El consejo de estado ha sido enfático en cuanto que la entidad que debe reconocer y pagar la reliquidación de pensión de los profesores es EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

....

Se accede a reconocer la pensión de jubilación docente, entre otras consideraciones, por cuanto, revocado un acto administrativo debe demandarse sólo la última decisión, para individualizar el acto, acorde a lo señalado en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, y por encontrar radicada la legitimación en la causa por pasiva para obtener su reconocimiento y pago en el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

La decisión de la administración de negarle a la demandante la reliquidación de la prestación pensional que viene percibiendo se concretó en el primero de los actos administrativos antes referidos. Sin embargo, tal decisión fue revocada, por el segundo de los actos administrativos en cita, sin que tal circunstancia per se satisficiera su pretensión tendiente a obtener la reliquidación de su prestación pensional con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año en que prestó sus servicios como docente oficial. Así las cosas, se advierte que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el acto administrativo vigente que contiene una decisión de la administración frente a la que la demandante estima lesionados sus derechos es la Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, razón por la cual, la Sala únicamente entrará a estudiar la legalidad de éste acto administrativo y, en consecuencia, se declarará inhibida para conocer de la Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, toda vez que con su revocatoria, en sede de la vía gubernativa, su efectos desaparecieron del mundo jurídico. De otra parte, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el

mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”. Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sentencia de 14 de febrero de 2013, Exp. 250002325000201001073 01(1048-12). MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento

De la lectura de la demanda concluimos que si de las pruebas recaudadas la actora tiene derecho al pago de la sanción por mora, quien debe pagar esa prestación económica es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO la entidad que le compete buscar los recursos para ello, no al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR ya que la vinculación de esta entidad es únicamente la de proyectar en algunos caso el acto administrativo respectivo y la de notificar al MINISTERIO DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, por ello no es responsabilidad del Departamento la reliquidación de pensión objeto de esta demanda.

INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO

Es Claro que la reclamación de la sanción por pago tardío de cesantías no requiere vinculación del ente territorial que represento como litisconsorte necesario. En este sentido, al resolver un recurso de apelación dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado en el cual precisó que la figura jurídica del Litisconsorte necesario no está regulada de manera específica en la Ley 1437 de 2011, por lo que se hace necesario remitirnos al artículo 227 idem.

Este articulo dispone que, en lo no regulado por este estatuto procesal, se aplicarán normas del Código de Procedimiento Civil. es importante resaltar que la disposición que regula este precepto de litisconsorte necesario era el artículo 51 del CPC, el cual fue derogado por el literal c) del artículo 626 del Código General del Proceso. En tal virtud, se acude a lo dispuesto por el artículo 61 de CGP que determina todo sobre este precepto y la integración del contradictorio.

Con lo precedente, la Sección Segunda del Alto Tribunal Administrativo afirmó que debe definirse si es necesario la conformación del litisconsorcio necesario por pasivo, mediante la inter prestación de los hechos y derechos materia del proceso, con el fin de definir la necesidad o no de este litisconsorte en el caso concreto.

En relación con el caso en estudio, la corporación aseguró que el reconocimiento de prestaciones sociales del magisterio es una competencia dada al respectivo fondo nacional mediante la aprobación que realice la previsora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaria de Educación correspondiente, ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 del 2005.

Lo precedente, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el Ministerio de educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la Secretaría de educación del ente territorial, concluye el fallo¹.

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.

¹ Consejo de estado. Sección Segunda No. 6300123300020140014301 (418722015), nov 18/16

LA GENERICA

La que el señor juez encuentre probada dentro del presente proceso.

IV. FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA DEFENSA

El accionante pretende la reliquidación de su pensión de jubilación por no haber incluido en su reconocimiento todos los factores salariales a que tiene derecho.

La presente contestación de la demanda se fundamenta en que relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la citada norma, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica la reliquidación de pensión .

Por lo tanto, la entidad que debe asumir la sanción por mora en caso de tener derecho el accionante es el objeto de esta demanda es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

**V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS “DISPOSICIONES QUEBRANTADAS”;
“CONCEPTOS DE LA VIOLACIÓN” Y “PETICIONES”**

Me opongo a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos jurídicos o fácticos para lograr una sentencia favorable. Por las mismas causas me opongo a la indicación de las normas violadas y el concepto de la violación. En consecuencia, la presente demanda deberá ser denegada, declarándose su improcedencia por las razones que a continuación se exponen en las excepciones que se formulan.

VI. EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTIA

Me opongo a la estimación razonada de la cuantía de este proceso por no estar debidamente soportada de acuerdo con el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con la ley 1395 de 2010, según el cual deberá estimarse en la demanda y explicar los fundamentos de la cuantificación aportando los soportes y pruebas que pretenda hacer valer en el proceso tal como lo ordena el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo (adicionado por el artículo 59 de la ley 1395 de 2010).

VII.PRUEBAS

Solicito que se decreten, practiquen y tengan como pruebas, las siguientes:

DOCUMENTALES QUE SE ANEXAN: Poder con sus anexos.

Una vez la entidad me haga llegar el expediente administrativo de la demandante se allegará al Despacho.

VIII.NOTIFICACIONES

El representante legal de la entidad demandada será notificado en Turbaco Km1. Gobernación de Bolívar.

La apoderada en el Barrio Centro, Calle de la Universidad, Edificio Ganem, Oficina 305, Piso 3. Email: isela.berrocal@gmail.com, Cartagena de Indias, Colombia.

Con el respeto acostumbrado,



ISELA BERROCAL LLORENTE

C.C. 45.757.757 Cartagena

T.P. 113.090 C. S. de la J.