



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SECRETARIA GENERAL**

SGC

TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIÓN

FECHA: 17 DE JULIO DE 2015.

HORA: 08: 00 AM.

MAGISTRADO PONENTE: DR LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

RADICACIÓN: 13-001-23-33-000-2015-00023-00.

CLASE DE ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.

DEMANDANTE: LUZMENIA DEL TORO ORTEGA.

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y OTROS.

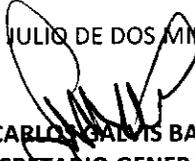
ESCRITO DE TRASLADO: EXCEPCIONES, PRESENTADAS POR LA PARTE ACCIONADA DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

OBJETO: TRASLADO EXCEPCIÓN.

FOLIOS: 47-57.

Las anteriores excepciones presentadas por las parte demandada – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- , se le da traslado legal por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011; Hoy, Diecisiete (17) de Julio de Dos Mil Quince (2015) a las 8:00 am.

EMPIEZA EL TRASLADO: DIECISIETE (17) DE JULIO DE DOS MIL QUINCE (2015), A LAS 08:00 AM.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

VENCE EL TRASLADO: VEINTIDOS (22) DE JULIO DE DOS MIL QUINCE (2015), A LAS 05:00 PM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

Cartagena 6 de Julio de 2015.

SEÑORES
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.
E. S. D.

Ref.: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Rad.: 13-001-33-33-000-2015-00023-00.
Magistrado: Dr. Luis Miguel Villalobos
Demandante: Luz Menia Del Toro Ortega.
Demandado: Departamento de Bolívar.
Asunto: Contestación de la Demanda.

EDWERD BENICIO MANJARRÉS CÁRDENAS, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma y actuando en mi calidad de apoderado de la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR**, dentro del proceso de referencia y radicados arriba enunciado, según poder a mi conferido legalmente por la señora **GUILLERMO ANDRÉS SÁNCHEZ GALLO**, identificado con cedula de ciudadanía N°: 73.570.768 de Cartagena, en su calidad de Jefe de la oficina asesora jurídica de la Gobernación de Bolívar, y que dentro de sus funciones esta el conferir poder, en nombre y representación de la Gobernación de Bolívar, poder con sus respectivos anexos los cuales reposan en el expediente del proceso de referencia y radicado arriba enunciados. Por medio de la presente y dentro del termino legal correspondiente me dirijo a usted para contestar la demanda interpuesta por el señora **LUZ MENIA DEL TORO ORTEGA** en contra de mi mandante, lo cual realizo de la siguiente forma:

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

Mi representado judicialmente, es el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, entidad territorial de derecho público, con domicilio principal actual en la ciudad de Cartagena de Indias, en el Barrio manga, palacio departamental, diagonal a la sede principal de la DIAN, lugar ampliamente conocido.

El representante legal del ente que apodero es el Gobernador del departamento, este es el **Dr. JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI**, quien es mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Cartagena de Indias, elegido popularmente en los comicios realizados en el Departamento de Bolívar el día 30 de octubre de 2011.

El Gobernados del Departamento de Bolívar, mediante decreto 352 del 28 de Noviembre de 2014, delego en el Jefe De La Oficina Asesora Jurídica, la competencia para otorgar poderes a los profesionales del derecho, que deben representar a la **Gobernación de Bolívar**, en los procesos judiciales en los que intervenga el **Departamento de Bolívar**, como lo es el caso que nos ocupa.

El Gobernador del Departamento de Bolívar, mediante decreto 329 del 11 de Noviembre de 2014, designo al Sr. **GUILLERMO ANDRÉS SÁNCHEZ GALLO**, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento de Bolívar, quien en ejercicio de esa delegación, le confirió poder al suscrito para actuar en este proceso, cuyo poder así como los decretos en mención que lo soportan se encuentran en el expediente del presente proceso.

40

II. SOBRE LAS PRETENSIONES.

Sea lo primero decir, que me opongo a la prosperidad de todas y cada una de ellas, por cuanto al demandante no le asiste el derecho con relación a mi poderdante en calidad de demandado.

III. SOBRE LOS HECHOS.

PRIMERO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

SEGUNDO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

TERCERO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

CUARTO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

QUINTO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

SEXTO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

SÉPTIMO: Este no es un hecho, esto constituye mas bien un fundamento de derecho, ya que se esta citando una norma de orden público.

OCTAVO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

NOVENO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

DECIMO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

DECIMO PRIMERO: No es un hecho, podría ser un medio probatorio, es decir una prueba documental, pero para que esta afirmación planteada como hecho pueda constituir prueba, es menester que el demandante no solo mencione escuetamente un numero de un expediente sin año, el cual afirma él fue proferido por la sección segunda del Consejo de Estado, es menester que aporte copia de dicho concepto, sentencia o fallo con la presentación de la demanda lo cual no realizo.

DECIMO SEGUNDO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente

40

II. SOBRE LAS PRETENSIONES.

Sea lo primero decir, que me opongo a la prosperidad de todas y cada una de ellas, por cuanto al demandante no le asiste el derecho con relación a mi poderdante en calidad de demandado.

III. SOBRE LOS HECHOS.

PRIMERO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

SEGUNDO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

TERCERO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

CUARTO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

QUINTO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

SEXTO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

SÉPTIMO: Este no es un hecho, esto constituye mas bien un fundamento de derecho, ya que se esta citando una norma de orden público.

OCTAVO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

NOVENO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

DECIMO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

DECIMO PRIMERO: No es un hecho, podría ser un medio probatorio, es decir una prueba documental, pero para que esta afirmación planteada como hecho pueda constituir prueba, es menester que el demandante no solo mencione escuetamente un numero de un expediente sin año, el cual afirma él fue proferido por la sección segunda del Consejo de Estado, es menester que aporte copia de dicho concepto, sentencia o fallo con la presentación de la demanda lo cual no realizo.

DECIMO SEGUNDO: No me consta, por lo tanto deberá ser demostrada su veracidad con las pruebas que reposan y sean adjuntadas oportunamente dentro del expediente del proceso.

99

IV. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL DEMANDADO.

a) FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

La legitimación en la causa es un presupuesto procesal de la acción por lo tanto es un requisito sin el cual la misma carece de fundamento jurídico, fáctico y por lo tanto de validez, la legitimación en la causa rige tanto el correcto proceder u accionar del demandante, así como el del demandado, a falta de ella en una u otra parte, el juez de conocimiento no puede fallar de fondo el asunto en cuestión y no le queda otra alternativa mas que declararse inhibido para fallar por carencia de la misma. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-416 de 1997 señala lo siguiente: LEGITIMACION EN LA CAUSA- Objeto. La Legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo por que otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie de fondo 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 merito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo. En este orden de ideas, la legitimación en la causa por pasiva es la facultad que se le atribuye al demandado para controvertir y plantear las razones de la oposición a las pretensiones del demandante, pero que a falta de legitimación en la causa del demandado no puede el juez fallar de fondo un asunto en donde una de las partes en este caso el demandado, no posee la calidad o característica subjetiva de tal parte con relación al interés sustancial que se debate. Maxime si la identificación plena y cabal del legítimo demandado en procesos como este, es una exigencia establecida no solo por el decreto 2591 de 1991 y hoy por la ley 1437 de 2011, si no que además es un requisito de procedibilidad, del derecho de contradicción y del debido proceso establecido por la constitución política de 1991.

Esta excepción se fundamenta en que el demandante al solicitar la vinculación de mi mandante al presente proceso, no actúa conforme al derecho, ya que del aservo probatorio que reposa en el expediente del proceso, se determina que mi defendido, es una entidad de derecho completamente independiente del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio y del ministerio de educación nacional, que es el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio en caso de asistirle el derecho a la demandante, la entidad de derecho llamada a responder y no el departamento de Bolívar.

b) **PRESCRIPCION:** Cualquier derecho que haya estado en cabeza de la demandante y habiendo cumplido mas de tres (3) años sin haber exigido su cumplimiento, solicito se declare extinto por haber operado en el la prescripción trienal. En todo caso solicito se declare la prescripción de los montos de dinero correspondiente a las prestaciones sociales no reclamadas oportunamente y que dentro del proceso se demuestre que efectivamente le asistía el derecho para solicitarlas o reclamarlas al demandado, teniendo como punto de partida para contabilizarlas el termino respectivo, desde el momento en que las mismas se hayan hecho exigibles.

- c) **PAGO DE LO NO DEBIDO:** Se interpone esta excepción precisamente por el hecho de que si no es la Gobernación de Bolívar la entidad llamada a resolver y a satisfacer de fondo las pretensiones de la demandante, por que a esta ultima no le asiste el derecho con relación a mi defendido, el condenar a la **Gobernación de Bolívar** al pago o sanción moratoria alguna constituiría un pago de lo no debido por parte de la entidad territorial.
- d) **LA GENERICA:** Corresponde a toda excepción que él señor magistrado encuentre probada dentro del proceso.

V. EN EL CASO CONCRETO.

Es menester señalar, que la legitimación en la causa es un requisito sin el cual la parte demandada en este caso, carecería de interés en la litis, esto precisamente ya que en caso de determinar el fallador que al demandante le asiste el derecho para la satisfacción de sus pretensiones, también deberá determinar que a la demandada **Gobernación de Bolívar** no es la entidad llamada a responder, recordemos que la señora **LUZ MENIA DEL TORO ORTEGA**, esta solicitando el pago de una sanción moratoria por el retardo en el pago de unas cesantías parciales reconocidas y de las cuales alega fueron canceladas pero de manera tardía, pero aunque en la expedición de dichas resoluciones que le reconocen el derecho a la demandante para el pago de las cesantías parciales intervino el secretario o la secretaria de educación departamental, no es menos cierto que estos firman y suscriben dichas resoluciones en nombre y representación del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, por lo tanto es el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio ente adscrito al ministerio de educación nacional, y por lo tanto son estos entes los que tiene interés en la litis ya que son estos ultimos los que deben resolver y responder de fondo en caso de que a la demandante le asista el derecho al pago de las pretensiones solicitadas. Esta falta de interés sustancial en la litis por parte de mi poderdante, como ya se señalo, 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 en contra de este último, pues no es la persona que en derecho esta llamado a responder o facultado para actuar en la litis como demandado.

Al respecto según concepto del 23 de Mayo de 2002, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, copia de la cual se aporta con la contestación de la demanda, la representación judicial y extrajudicial del Fondo de prestaciones sociales 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. Por lo tanto debió impetrarse la acción judicial en contra de **El fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio, el Ministerio de Educación Nacional y la fiduciaria la Previsora S.A., mas no contra el Departamento de Bolívar.**

VI. PRETENSIONES DEL DEMANDADO.

- a) Que se declaren probadas las excepciones propuestas por el demandado.
- b) Se exonere al demandado de cualquier condena o pago.
- c) Se excluya y se desvincule a mi poderdante del presente proceso y se dicte sentencia que haga transito a cosa juzgada que así lo determine.

VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

- La Constitución política de 1991.
- Ley 1437 de 2011.
- Ley 715 de 2001.

VIII. PRUEBAS.

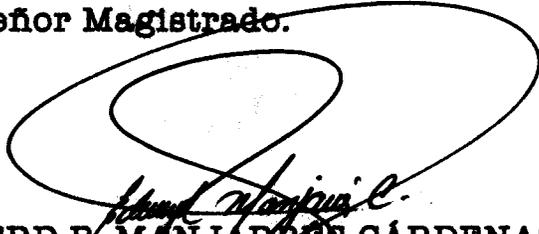
Solicito que se tengan como tales las siguientes:
Documentales:

- El expediente administrativo de la docente, el cual se aportara a mas tardar el día que se lleve a cabo la audiencia inicial.
- Concepto de la sala de consulta de servicio civil del Honorable Consejo de Estado de fecha 23 de mayo de 2012.

IX. NOTIFICACIONES.

- Al demandante a las direcciones aportadas por el, para que se le surtiera la efectiva notificación.
- Al suscrito apoderado en el Barrio Los Alpes Calle 71 I N°: 31E-26 piso 2. De la ciudad de Cartagena. O por correo electrónico a edwerd9@hotmail.com.
- A mi defendido también en la ciudad de Cartagena en el Barrio manga, Avenida 3ª, calle 28 No. 24 - 79, edificio el IMAN, actual palacio departamental de Bolívar, diagonal a la sede principal de la DIAN, oficina departamento Jurídico, 4° piso, lugar ampliamente conocido en la ciudad.

Del señor Magistrado.


EDWERD B. MANJARRÉS CÁRDENAS
CC: 9.148.479 de Cartagena.
TP.: 161668 del C. 8 de la J.


(12) Folios
6-Julio-2015
4:58 pm

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002).-

Radicación número: 1423

Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Francisco José Lloreda Mera, formula a la Sala la siguiente consulta :

¿ A quién le corresponde asumir la representación judicial o extrajudicial del Fondo, en todos los litigios que se susciten con ocasión del cumplimiento de las funciones y de los fines a los cuales deben aplicarse por mandato legal los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: A la Fiduciaria la Previsora S.A., al Ministerio de Educación Nacional, a las dos entidades, o a otra entidad ?

1. CONSIDERACIONES

1.1 Los fondos. El estatuto orgánico de presupuesto - decreto 111 de 1996 - prevé en su artículo 30 los *fondos especiales* en el orden nacional, como "los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a *fondos sin personería jurídica* creados por el legislador".

Antes, el decreto ley 3130 de 1968 había definido en su artículo 2º, los fondos como "un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados". La misma norma agregaba que si a las características descritas se sumaba la personería jurídica, la entidad era un establecimiento público. La ley 489 de 1998, que derogó el decreto ley antes citado, no se ocupa expresamente de los fondos.

El artículo 11 del decreto 111 de 1996 incluye como componente del presupuesto general de la Nación, en el presupuesto de rentas, los fondos especiales, y el 37 de la ley 42 de 1993 dispone que el presupuesto general del sector público está conformado por la consolidación de los presupuestos general de la Nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por

servicios, de los particulares o entidades que manejen fondos de la Nación, pero sólo con relación a dichos fondos y de los *fondos sin personería jurídica denominados especiales o cuenta* creados por la ley o con autorización de ésta.

Los fondos especiales y los sin personería jurídica se administran en la forma que establezca la disposición legal que los crea. Dichos fondos, de manera general, no son un patrimonio autónomo del organismo o entidad pública al cual están adscritos, por cuanto son una cuenta de aquel o aquella instituida para cumplir el objetivo específico al cual se destinan los recursos que ingresen al fondo respectivo; en forma excepcional pueden llegar a constituir patrimonios autónomos.

1.2 Fondos y patrimonios autónomos. Si la ley prevé la constitución de patrimonios autónomos, para administrar y ejecutar los recursos públicos del fondo sin personería jurídica, esto implicará la celebración de un contrato de *fiducia mercantil*, el cual difiere del contrato de *fiducia pública*, por cuanto en este último, entre otras características especiales, no se constituye un patrimonio autónomo, según lo dispone el inciso octavo del numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y ha tenido ocasión de expresarlo la Sala en varias oportunidades, entre ellas en el concepto radicado bajo el número 1074 del 4 de marzo de 1998.

La institucionalización de tales patrimonios autónomos mediante contrato de fiducia mercantil constituye una excepción a la contratación estatal, pues la ley 80 de 1993 prevé, como regla general, los encargos fiduciarios y la fiducia pública (art. 32 num. 5° inc. 7¹¹¹), y por excepción la constitución de patrimonios autónomos en dos casos especiales: para la titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales (artículo 41, parágrafo 2° inciso segundo), como es el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.

Las excepciones antes mencionadas obedecen posiblemente a que el legislador las estimó indispensables; en el caso de la titularización de activos e inversiones, para lograr su manejo eficiente y facilitar su negociación, y en el destinado a pago de pasivos laborales para garantizar su cumplimiento efectivo, por lo cual la Nación se desprende de la titularidad de unos recursos que prácticamente ya están comprometidos en la solución de obligaciones ineludibles.

¹¹¹ "La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley".

8

54

Sin embargo, por tener la ley 80 carácter de ordinaria mediante leyes semejantes se han introducido otras excepciones adicionales a las atrás relacionadas, entre ellas pueden citarse la del artículo 13 de la ley 143 de 1994, respecto de la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992, la cual "manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado". Estas excepciones obedecen a decisión autónoma del legislador, la cual no le compete a esta Sala juzgar.

Ahora bien, si una ley crea un fondo sin personería jurídica y dispone que la administración de todos o parte de sus recursos podrá o deberá hacerse a través de la constitución de una fiducia mercantil, la misma ley puede establecer el régimen legal de los actos y contratos que se celebren en relación con dicho patrimonio autónomo, así como el de los actos que expidan o contratos que celebren las entidades fiduciarias que administren dichos patrimonios autónomos; si no lo dispone, resultará necesario recurrir al ordenamiento jurídico vigente para establecerlo.

En estas circunstancias, si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales. Si la respectiva entidad no tiene tal carácter, sino el de persona jurídica de derecho privado, el ejercicio de las funciones administrativas que implica la administración de los recursos públicos de un fondo a través de un patrimonio autónomo, se someterán a lo dispuesto en los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998 y en lo que corresponde a la administración bajo la modalidad de fiducia mercantil se aplicará lo estatuido en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.

El artículo 1234 del código citado estatuye que "son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes : 4 Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente".

9
59

De la norma antedicha se desprende, como lo afirma el profesor Gilberto Peña Castrillón ²¹²¹, que "los fideicomisos mercantiles tienen capacidad procesal o legitimación para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes que solo pueden ejercitarse procesalmente – oponerse a medidas de ejecución y cautelares, por ejemplo -, y simultáneamente se pusiera en duda su legitimación procesal para los fines de aquellos "derechos reconocidos por la ley sustancial".

Agrega el autor citado: "La fiducia mercantil tendrá que asumir la posición de **demandante** cuando deba tomar la iniciativa procesal para "defender los bienes fideicomitidos contra los actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente" (artículo 1.234, ordinal 4° del C. de Co.), o cuando deba perseguir los bienes fideicomitidos frente a cualquier tenedor, por ocupaciones de hecho o cualquier acto de despojo, por ejemplo.

La fiducia mercantil (nuevamente, el patrimonio autónomo) ocupará la posición de **demandado** cuando un tercero que hubiere otorgado un crédito para sus fines ejercite la pretensión ejecutiva singular, hipotecaria, prendaria o mixta o cuando un tercero pretenda la reparación de un daño causado con ocasión de la ejecución de los fines fiduciarios, por ejemplo.

La fiducia mercantil estará en la posición de **tercero interviniente**, desde el punto de vista procesal, cuando deba oponerse a medidas preventivas o de ejecución (artículo 1.235, *ibidem*), cuando sea llamado en garantía (artículo 57 del C. de P.C.), o cuando el juez tome la iniciativa para tramitar un llamamiento *ex officio* (artículo 58, *ibidem*), por ejemplo".

1.3 1.3 El caso del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

La ley 91 de 1989, en su artículo 3°, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

El artículo 5° de la ley citada fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales : a) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; b) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones

²¹²¹ Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Edit. Kelly, Bogotá, 1989, págs. 39 y 42

10
46

impartidas por el Consejo Directivo; c) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; d) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

El artículo 9° de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de éstas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.

La anterior disposición se complementa con lo que prescribe el artículo 180 de la ley 115 de 1994, en cuanto señala que serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. Y agrega . "El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales".

De otra parte, cabe anotar que el Fondo no debe pagar algunas prestaciones, toda vez que el parágrafo 2° del artículo 15 dispuso que continuaban a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes: las primas de navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte y las vacaciones.

En el contrato celebrado entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional con la Fiduciaria La Previsora S.A., que consta en escritura pública 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá, D.C. constan las obligaciones que adquiere la Fiduciaria y por ende, en cuanto el cumplimiento de las mismas implique actos de representación del patrimonio autónomo, debe entenderse que esa representación corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A.

Por último, cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.

Con fundamento en las consideraciones expuestas,

11
ST

2. LA SALA RESPONDE :

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 extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.

Transcribese al señor Ministro de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CÉSAR HOYOS SALAZAR
Presidente de la Sala

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala