

Popayán, julio de 2020.

Doctora

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ.

Juez Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

Correo Electrónico: j06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia: Contestación de demanda.

DEMANDANTE: Nery Walberto Riascos Riascos.

DEMANDADO: Departamento del Cauca – Secretaría de Educación y Cultura y Otros.

RADICADO: 190013333006201900240-00

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Cordial saludo.

JUAN DISLEY SALAZAR PRADO, mayor de edad, vecino de la ciudad de Popayán, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 76.318.826 expedida en Popayán, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 185.038 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 Nery Walberto Riascos Riascos, en contra del **DEPARTAMENTO DEL CAUCA y Otro**, previas las siguientes consideraciones:

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.

La **PARTE DEMANDANTE**, está conformada por el señor **NERY WALBERTO RIASCOS RIASCOS** identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.468.741 de Buenaventura, representado por su apoderado **Dr. OSCAR GERARDO TORRES TRUJILLO**, portador de la T.P. No. 219.065 del C. S. de la J. y cédula de ciudadanía No. 79.629.201 de Bogotá.

La **PARTE DEMANDADA**, la conforma el **DEPARTAMENTO DEL CAUCA - SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA**, representado legalmente por el **Dr. ELÍAS LARRAHONDO CARABALÍ**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 10.365.206 expedida en Buenos Aires (Cauca), para efectos de representación en el presente asunto se ha otorgado poder especial amplio y suficiente al suscrito Abogado **JUAN DISLEY SALAZAR PRADO**, portador de la T.P. No. 185.038 del C. S. de la J. y cédula de ciudadanía No. 76.318.826 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, se responden de la siguiente manera:

AL HECHO PRIMERO: Es cierto, según se verifica en el acto de reconocimiento de la prestación que obra en el libelo de la demanda. (Folios 31-33)

AL HECHO CUARTO: Es cierto, según se verifica con la copia del oficio del trámite que obra en el libelo de la demanda. (Folios 27-29)

AL HECHO QUINTO: Es cierto, según se verifica en los folios 35 a 37 de la demanda, por lo tanto no se puede predicar la configuración del silencio administrativo negativo por parte del Departamento del Cauca y por ende la existencia de un acto ficto o presunto de esta Entidad.

A LOS HECHOS SEGUNDO, TERCERO y SEXTO a NOVENO: La entidad que represento judicialmente no realiza pronunciamiento de fondo por no estar legitimada en la causa por pasiva frente al objeto del litigio.

RAZONES DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE SUSTENTAN LA CONTESTACION DE LA PRESENTE DEMANDA.

Como 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 para 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 y el gerente de 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.
- Según el Artículo 7° de la Ley 91 de 1989 el Consejo Directivo del Fondo tiene 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 Fondo.*
 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 (...)*. (Destaca la Sala).
- *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 citada Ley, el Decreto 1775 de 1990 - hoy Decreto 2831 de 2005 compilado en el decreto 1075 de 2015 - 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 **NACION – 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.

Hasta aquí las cosas, es claro que el legislador al crear el Fondo, lo organizó como una cuenta especial, administrada a través de un contrato de fiducia tanto para el pago de las prestaciones sociales como para la prestación de los servicios de salud para los afiliados, que no requiere para su operación de una infraestructura administrativa propia.

La Ley 91 de 1989 en su Artículo 5° establece:

“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. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, se encuentra a cargo de la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** el reconocimiento directo de las prestaciones tal y como lo establece la norma arriba citada, y el ente territorial solo es el encargado de tramitar las solicitudes y elaborar un proyecto de acto administrativo (borrador) el cual se envía a la FIDUPREVISORA S.A., para su aprobación.

El Consejo de Estado¹ ha analizado la viabilidad de acceder a reconocimiento como los deprecados por el demandante con cargo a la entidad empleadora, con base en las siguientes disposiciones normativas:

Artículo 15, numeral 3, literal b), de la Ley 91 de 1989, que dispone:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: (...)

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

DE LAS EXCEPCIONES.

Teniendo plenamente establecido cuales son las competencias legales de la Entidad Territorial en lo relacionado con el trámite de las prestaciones del personal docente y directivo docente oficial y habida cuenta que según se desprende del contenido del oficio 4.8.2.4-2018-4627 del 20 de noviembre de 2018 y demás comunicaciones emanadas de la Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento, dirigidas al apoderado del hoy demandante y a la Fiduprevisora S.A., la entidad que represento judicialmente además de no realizar el pago de los dineros producto del reconocimiento de las prestaciones del personal docente a su servicio, tampoco interviene en la realización de los descuentos que por concepto de aportes a salud se realizan al personal docente oficial activo o pensionado, en atención a que solo actúa como mero intermediario entre el docente y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual general una FALTA DE COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE EL OBJETO Y DE

¹ Ver las Sentencias de Subsección B, Sección Segunda, del 26 de julio de 2001, radicado interno No. 0965-2001, actor James Alfonso Tique Aranda; del 20 de febrero de 2003, radicado interno No. 4730-2001, actor Luz Elena Rodríguez Rodríguez, y Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda, del 09 de octubre de 2003, radicado interno 5701-2002, actor Melquisedec Guayara Sánchez.

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, me permito proponer en favor de la entidad que represento judicialmente las siguientes:

EXCEPCIONES.

1.- EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, EN TEMAS PRESTACIONALES DEL SECTOR DOCENTE OFICIAL.

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, una de las pretensiones de la demanda va encaminadas a que se declare la nulidad de un acto administrativo ficto producto del supuesto silencio de la administración ante una petición de la hoy accionante, el cual en lo que corresponde al Departamento del Cauca – Secretaría de Educación, no se ha configurado si se tiene en cuenta que tanto la demandante como esta entidad, damos cuenta de la existencia de un pronunciamiento debidamente notificado al interesado, y a título de restablecimiento del derecho se condene también al Departamento del Cauca- Secretaría de Educación a reconocer y pagar - a favor de la demandante – unos reajustes de carácter pensional y la devolución de los valores correspondientes a unas presuntas diferencias en el cobro de los aportes a seguridad social, lo cual - de ser procedente - debe ser reconocido y pagado por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – FNPSM, al tenor de lo establecido en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 91 de 1989, pues como se ha establecido la ETC Cauca a través de su Secretaría de Educación solo actúa de conformidad con los términos establecidos en la norma que le otorga la función de intermediación delegada a las entidades territoriales, función que se materializo con la expedición del Decreto 2831 de 2005, hoy contenido en el Decreto 1075 de 2015.

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.”

Adicionalmente, frente a la capacidad para ser parte procesal y la legitimación en la causa por pasiva el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena en Sentencia de Unificación de Jurisprudencia de fecha 25 de septiembre de 2013, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420), Actor: GABRIEL BARRIOS CASTELAR, Demandado: NACION - RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA, dispuso:

“CAPACIDAD PARA SER PARTE EN UN PROCESO - Noción. Definición. Concepto / CAPACIDAD PARA SER PARTE EN UN PROCESO - Fundamento / CAPACIDAD DE GOCE - Noción. Definición. Concepto / CAPACIDAD DE GOCE - Capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones / CAPACIDAD PARA SER PARTE EN UN PROCESO - Personalidad jurídica o la habilitación legal expresa / NACION - Persona jurídica de derecho público por antonomasia

Por un lado, la capacidad para ser parte hace referencia a la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la litis, a saber, demandante o demandado. Esta condición proviene de la capacidad jurídica que se le atribuye a la personalidad, en otras palabras, la que tienen las personas, naturales, jurídicas o las ficciones habilitadas por la ley (v.gr. art. 2º ley 80 de 1993), para ser parte de cualquier relación jurídica. Así pues, la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, llamada capacidad de goce, es el género de la capacidad para ser parte en el proceso, que no es más que una especie de aquélla. Así las cosas, es claro que la categoría que subyace al concepto de capacidad para ser parte es la de la personalidad jurídica o de una habilitación legal expresa, por cuanto a partir de ella se erige la capacidad como uno de sus atributos principales, por ende, en principio, son las personas las únicas que pueden ser parte del proceso. (...) en lo que se refiere al proceso contencioso administrativo, se pueden constituir como partes, las personas jurídicas de derecho público, pues su capacidad para ser parte del proceso proviene de su personería jurídica, a contrario sensu, las entidades u órganos que carecen de tal atributo no pueden ser parte procesal, salvo que exista una ley que autorice de manera expresa su habilitación procesal (v.gr. entidades señaladas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993). (...) en tratándose de las entidades de derecho público, sólo aquellas que tengan personería jurídica pueden constituirse como partes en el proceso contencioso administrativo (...) los órganos que hacen parte de las ramas del poder público y, en general, todos aquellos que no tengan personería jurídica propia no pueden ser parte del proceso contencioso administrativo. (...) las personas, por regla general, pueden ser parte en el proceso, y por ende, cuando se está en presencia de hechos que se dirigen a uno de los órganos del Estado, carentes de personería, el daño debe ser imputado a la persona jurídica de la que aquél hace parte, que en muchos casos es la Nación, que es la persona jurídica de derecho público por antonomasia.

PERSONAS JURIDICAS, DE NATURALEZA PUBLICA O PRIVADA - Obligación de acudir al proceso por medio de su representante legal. Deben valerse de una persona natural para el ejercicio de todos sus actos / CAPACIDAD PARA SER PARTE Y DE CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO - Supuesto necesario para su validez / AUSENCIA DE CAPACIDAD PARA SER PARTE Y DE CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO - Consecuencia. Declaratoria de nulidad / CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO - Diferente a la legitimatio ad causam. Legitimación en la causa

En lo que concierne a las personas jurídicas, de naturaleza pública o privada, siempre deberán acudir al proceso por medio de su representante legal, no obstante, esto no significa que carezcan de legitimación para actuar por sí mismas, y que su capacidad procesal deba ser suplida por su representante. Es claro que las personas jurídicas son constructos autorizados por el Derecho y dotados de plena capacidad para ser sujetos autónomos de derechos y obligaciones, empero, como sólo existen en el mundo del derecho, deben valerse necesariamente de personas naturales para el ejercicio de todos sus actos, sin perjuicio de su autonomía como sujetos jurídicos independientes. Finalmente, la legitimatio ad processum, así como la capacidad para ser parte, es un presupuesto necesario para la validez del proceso, que de faltar, la consecuencia inevitable es la declaratoria de nulidad. Este presupuesto procesal, no debe ser confundido con la legitimatio ad causam, que será abordada en el siguiente acápite.

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Noción. Definición. Concepto

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado. Un sector de la doctrina sostiene que la legitimación en la causa es la aptitud para ser parte en un proceso concreto, otro sector usa la terminología de la legitimación desde la ley sustancial, así: “Creemos que se precisa mejor la naturaleza de esa condición o calidad o idoneidad; así en los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante; y en los procesos de jurisdicción voluntaria consiste en estar legitimado por la ley sustancial para pedir que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda.”

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, en pronunciamiento de 14 de febrero de 2012, al resolver sobre la excepción de falta de legitimación en la causa 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 petionario, 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 petionaria 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 facilitaría 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 e 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.** (Subraya y negrilla fuera de texto original)

(...)

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.”

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 como se ha establecido claramente la competencia legal tanto del reconocimiento, pago de las prestaciones del personal docente y la prestación del servicio de salud del personal activo y pensionado, 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 en la causa 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.

Corolario de lo anterior, 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 del acto administrativo demandado, la entidad que represento judicialmente sea condenada a realizar el pago de lo pretendido por el demandante – si es que a ello

hubiere lugar - pues tal y como lo ha establecido la Ley 91 de 1989 el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente oficial, así como los descuentos por concepto de aportes a seguridad social del personal docente oficial - como sucede en el presente caso - se encuentran a cargo de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la fiduciaría 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 reconocimiento 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 1° *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 perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

Parágrafo 2° **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 DE INEXISTENCIA DE ACTO FICTO O PRESUNTO PRODUCTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARÍA DE EDUCACION Y CULTURA.

Al respecto cabe destacar que tal como se prueba con los documentos obrantes en el escrito de la demanda y lo manifiesta el apoderado del demandante en el hecho Quinto, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento dentro de sus competencias dio trámite a la petición que elevara él mismo en su calidad de apoderado judicial del señor Riascos Riascos el día 29 de octubre de 20185 con lo cual se desvirtúa la configuración del silencio administrativo negativo por parte del Departamento del Cauca, como entidad demandada.

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

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

PETICION:

Que con fundamento en los anteriores argumentos debidamente sustentados en la normatividad vigente aplicable al caso y las pruebas que se adjuntan y sin perjuicio de las demás que se encuentren según lo informado al despacho, proceda a declarar probadas las excepciones propuestas en la presente contestación, exonerando así a la entidad territorial que represento judicialmente de las condenas derivadas de las eventuales declaraciones a que en derecho haya lugar, en el presente asunto.

PRUEBAS:

DOCUMENTALES: Solicito tener como prueba las aportadas al proceso por la parte demandante y el expediente administrativo que se allega con el presente memorial en medio Magnético con **383 Folios**.

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

ANEXOS:

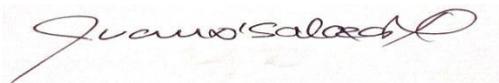
Además de lo enunciado en el acápite de pruebas, me permito anexar los siguientes documentos:

1. Poder conferido por el Representante Legal de la entidad.
2. Copia de los documentos que acreditan las calidades del poderdante - Gobernador del Departamento del Cauca.

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la Carrera 6ª No. 3-82 de la ciudad de Popayán, teléfono 8244201, extensiones 148 – 149, E mail: juridica.educacion@cauca.gov.co

Atentamente,



JUAN DISLEY SALAZAR PRADO.

C.C No. 76.318.826 de Popayán

T. P. No. 185.038 del C.S. de la Judicatura.



Gobernación del Cauca

12

Popayán, febrero de 2020.

Doctora

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ.

Juez Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

E. S. D.

Referencia: Memorial Poder.

DEMANDANTE: Nery Walberto Riascos Riascos.

DEMANDADO: Departamento del Cauca – Secretaría de Educación y Cultura y Otros.

RADICADO: 190013333006201900240-00

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Cordial saludo.

ELÍAS LARRAHONDO CARABALÍ, identificado con la cedula de ciudadanía 10.365.206 expedida en Buenos Aires (Cauca), en calidad Gobernador del Departamento del Cauca, me permito manifestar que mediante el presente memorial otorgo PODER ESPECIAL, amplio y suficiente al Abogado **JUAN DISLEY SALAZAR PRADO**, identificado con la cedula de ciudadanía 76.318.826 expedida en Popayán (C) y con Tarjeta Profesional 185.038 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente y ejerza la defensa de los interés jurídicos y económicos de la entidad dentro del proceso referido.

El apoderado queda facultado para sustituir, desistir, renunciar, reasumir, presentar recursos en todas las instancias, conciliar conforme a las directrices impartidas por el Comité de Conciliación, aportar toda clase de documentos pertinentes para la defensa de la entidad o tachar de falsos los que a su juicio le sean, y en general para adelantar cualquier actuación necesaria para el correcto cumplimiento del mandato conferido, en los términos del artículo 77 de la Ley 1564 de 2012.

Atentamente,

ELÍAS LARRAHONDO CARABALÍ.
Gobernador.

Acepto,

JUAN DISLEY SALAZAR PRADO.
C.C. No. 76.318.826 de Popayán
T.P. No. 185.038 C.S. de la J.

Revisó: Juan Fernando Ortega Olave - Jefe Oficina Asesora Jurídica del Departamento
Claudia Lorena Muñoz Mutis - Profesional Universitario Oficina Asesora de Jurídica.
Virginia Balcázar Ortiz - Profesional Especializado Oficina Jurídica SECD.
Proyectó: Juan Disley Salazar Prado - Profesional Universitario Oficina Jurídica SECD.

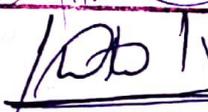
Despacho Gobernador
Calle 4 Carrera 7 Esquina Cuarto Piso – Popayan.
Teléfonos: (057+2) 8220570 - 71 - 72 Fax 8243597
Gobernador@cauca.gov.co
www.cauca.gov.co

República de Colombia **PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO Y HUELLA**
NOTARÍA TERCERA DE POPAYÁN

Al despacho de la Notaría Tercera de Popayán compareció Elias Lamahondo Carabali
 Identificado con: 10365206
 Expedida en: Buenos Aires
 Y declaro que el contenido del anterior documento es cierto y que la firma y huella que aquí aparece son las suyas.
 FECHA: 17 FEB 2021



COMPARECIENTE



Mario Oswaldo Rosero Mera
 NOTARIO TERCERO



NO SE REALIZÓ IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA SEGUN RESOLUCION 8467 ARTICULO 3 DE JUNIO 11 DE 2015 DE LA SNR POR Firma Registrada



**ACTA DE POSESIÓN DEL DR. ELÍAS LARRAHONDO CARABALÍ COMO
GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA
PERÍODO 2020-2023**

En la ciudad de Popayán, Cauca, a los treinta (30) días del mes de diciembre de dos mil diecinueve (2019), teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto 1222 de 1986 (modificado por la ley 617 de 2000), "Los gobernadores de los departamentos se posesionarán ante las Asambleas Departamentales, y en su defecto, ante el respectivo Tribunal Superior, residente en el lugar. En casos graves y excepcionales, pueden posesionarse ante cualquier empleado que ejerza jurisdicción o ante dos testigos". Además, la Asamblea del Departamento del Cauca no se encuentra en sesiones ordinarias, y El Tribunal Superior de Popayán se encuentra en vacancia judicial,

Con tal fundamento legal y con el fin de dar posesión a quien fuera elegido Gobernador del Departamento del Cauca, por votación popular realizada el 27 de octubre de 2019, por la situación excepcional habilitante y ante los testigos, Magistrados del Tribunal Superior de Popayán, domiciliados en la ciudad, MARÍA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ, identificada con cédula de ciudadanía No 34.535.694 expedida en Popayán y ARY BERNARDO ORTEGA PLAZA, identificado con la cédula de ciudadanía No 10.690.448 expedida en Patía, compareció el Dr. Elías Larrahondo Carabalí, quien se identificó con Cédula de Ciudadanía No 10.365.206 de Buenos Aires Cauca e igualmente presentó la credencial de fecha 4 de noviembre de 2019(E-27) de la Comisión Escrutadora General- Registraduría Nacional del Estado Civil, que lo acredita como Gobernador del Departamento del Cauca, para el período constitucional 2020-2023, por el Partido Coalición Porque Sí es Posible.

Además de los documentos mencionados, el posesionado presentó Hoja de Vida en Formato Único de la Función Pública, Declaración Juramentada de Bienes y Rentas, Libreta Militar No 10385286 de las Fuerzas Militares como Reservista de Segunda Clase, Certificado de Antecedentes Disciplinarios de fecha 23 de diciembre de 2019, expedido por la Procuraduría General de la Nación (No registra sanciones ni inhabilidades especiales aplicadas al cargo); Certificado de Antecedentes Penales y Requerimientos judiciales de fecha 24 de diciembre de 2019, expedido por la Policía Nacional de Colombia (No tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales); Certificado de Antecedentes Fiscales de fecha 22 de diciembre de 2019, expedido por la Contraloría General de la República (No se encuentra reportado como responsable fiscal); Certificado de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- de su participación en el Seminario de Inducción de Alcaldes y Gobernadores, realizado en la ciudad de Bogotá los días 25, 26 y 27 de noviembre de 2019 (Ley 489 de 1998); Declaraciones bajo juramento del 23 de diciembre de 2019 ante el Notario Treinta y Uno (31) de la ciudad de Bogotá, Miguel Antonio Zamora Ávila, en donde manifiesta que "No estoy incurso

en causa alguna de inhabilidad general o especial de incompatibilidad o prohibición de las establecidas para el cargo de Gobernador del Departamento del Cauca" y "No tengo demandas pendientes de carácter alimentario en mi contra, además cumplo a cabalidad con todos mis deberes familiares y laborales".

A continuación los testigos, señores Magistrados MARIA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ Y ARY BERNARDO ORTEGA PLAZA, proceden a tomar el juramento de ley, así: "Doctor ELIAS LARRAHONDO CARABALI jura ante Dios y promete al pueblo cumplir fielmente la Constitución, las leyes de Colombia, las ordenanzas, los decretos y las funciones propias del cargo de Gobernador del Departamento del Cauca?".

El posesionado respondió: "Sí, lo juro"

Los magistrados afirmaron: "Si así lo hicieréis, Dios y la Patria se lo premien y si no, él y ella se lo demanden".

Acto seguido le fue impuesta la banda que acredita al Dr., Elías Larrahondo Carabalí como Gobernador del Departamento del Cauca para el período constitucional entre el primero de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2023.

No sienta otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, previa su lectura y aprobación, por quienes en ella intervinieron. La presente surte efectos legales y fiscales a partir del primero de enero de 2020.

El posesionado,


ELIAS LARRAHONDO CARABALI

Los testigos,


MARIA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ


ARY BERNARDO ORTEGA PLAZA

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **76.318.826**
SALAZAR PRADO

APELLIDOS
JUAN DISLEY

NOMBRES

Juan Disley Salazar

FIRMA





INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **09-NOV-1973**

POPAYAN
(CAUCA)

LUGAR DE NACIMIENTO

1.80

ESTATURA

B+

G.S. RH

M

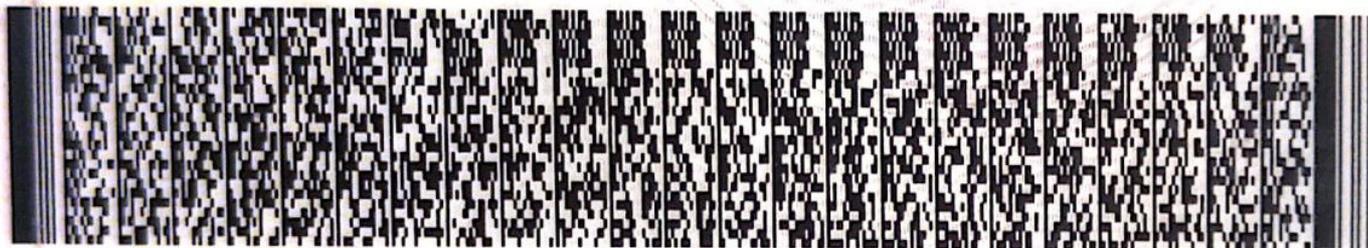
SEXO

09-MAR-1992 POPAYAN

FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

Carlos Ariel Sánchez Torres

REGISTRADOR NACIONAL
CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES



A-1100100-00132107-M-0076318826-20081128

0007103531A 1

7760015036

295178

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
TARJETA PROFESIONAL DE ABOGADO

185038
Tarjeta No.

28/10/2009
Fecha de
Expedicion

25/09/2009
Fecha de
Grado

**JUAN DISLEY
SALAZAR PRADO**

76318826
Cedula

DEL CAUCA
Universidad

CAUCA
Consejo Seccional



Maria Mercedes López Mora
Presidenta Consejo Superior de la Judicatura

6803239

**ESTA TARJETA ES DOCUMENTO PUBLICO
Y SE EXPIDE DE CONFORMIDAD CON LA
LEY 270 DE 1996, EL DECRETO 196 DE 1971
Y EL ACUERDO 180 DE 1996.**

**SI ESTA TARJETA ES ENCONTRADA, POR
FAVOR, ENVIARLA AL CONSEJO SUPERIOR
DE LA JUDICATURA, UNIDAD DE REGISTRO
NACIONAL DE ABOGADOS.**