

{fiduprevisora}

La educación  
es de todos

Mineducación

Señores

**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL – VILLAVICENCIO**

Carrera 29 33B 79 TORRE B Palacio De Justicia

Villavicencio – Meta

E. S. D.

RADICADO No.	500013333004201900234
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	ARACELY MARIN MANCERA
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

**LISETH SANABRIA CORTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.014.266.150 expedida en Bogotá, D.C. y T.P. 315.063 del C.S. de la J., en mi condición de apoderada sustituta de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme el poder a mi otorgado por el Doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de acuerdo con la certificación suscrita por la Representante Legal de **FIDUPREVISORA S.A.**, de fecha 21 de febrero de 2019, y según el Poder General que le fue otorgado mediante Escritura Pública N° 522 del 28 de marzo de 2019, que lo faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial; doy contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

**NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FINALIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL:**

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se 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, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de dichas prestaciones, que correspondan al personal afiliado y garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

Los recursos de esta cuenta especial por mandato legal son administrados en fiducia, entre otras por Sociedades Fiduciarias de naturaleza pública, en los siguientes términos:

Bogotá D.C. Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111  
 Barranquilla (+57 5) 856 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546  
 Cali (+57 2) 342 2409 | Cartagena (+57 3) 660 1798 | Ibagué (+57 6) 259 6345  
 Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739  
 Pereira (+57 6) 545 5466 | Popayán (+57 2) 832 9909  
 Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 3) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 960.525.148-5  
 Solicitudes 018000 019015  
 servicio\_cliente@fiduprevisora.com.co  
 www.fiduprevisora.com.co

El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda



"(...) Artículo 3. **Créase 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. Para tal efecto, 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 base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

*El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."*

Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **atenderá las prestaciones** sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.<sup>1</sup>

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, cabe reiterar que la Corte Constitucional ha considerado que, (i) se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional, (Fiduciaria La Previsora S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa.

Por lo anterior, la misma normativa que crea el fondo, establece el mecanismos por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello que la norma preestablece que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la misma, el Ministerio de Educación Nacional y la Compañía Fiduprevisora S.A., suscribieron: "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL", el cual fue protocolizado mediante escritura pública N° 83 del veintiuno (21) de junio de 1990, en la notaría Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial de Bogotá D.C., en el cual La Nación, Ministerio de Educación, fungen como Fideicomitente y la compañía

<sup>1</sup> Ley 91 de diciembre 29 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (negritas fuera de texto).






La educación  
es de todos

Mineducación

Fiduprevisora como la Fiduciaria; contrato cuyo objeto es: Constituir una fiducia mercantil sobre los Recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante –**EL FONDO**–, con el fin de que **LA FIDUPREVISORA S.A.**, los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para **EL FONDO**, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

El fundamento de la intervención procesal por parte de la FIDUCIARIA, se encuentra en el cumplimiento de sus obligaciones de carácter legal dado los elementos “naturales” del contrato, es así como el código de comercio en su artículo 1234 Numeral cuarto reza:

*“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:*

*1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;*

*2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;*

*3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;*

**4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;**

*5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;*

*6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;*

*7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y*

*8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”<sup>2</sup>*

Ahora bien, una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

<sup>2</sup> Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234. Negrillas fuera de texto





“FOMAG”, es preciso referirnos a la demanda de la referencia para dar contestación bajo los siguientes parámetros.

## ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

### RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Es fundamental tener en cuenta que, el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios -FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005 modificado por el Decreto 1272 de 2018, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Teniendo en cuenta lo anterior aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas se expidan por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago sea inmediato pues se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual “no se puede hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos”, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa se observa en el plenario que la Secretaría de Educación territorial a la que se encuentra adscrito el demandante, reconoció las cesantías parciales solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto y respetando el derecho de igualdad de que gozan todos los educadores estatales afiliados al -FOMAG- en cuanto a la presentación de las solicitudes, por lo que previamente debió verificar que el peticionario no hubiera presentado solicitud anterior y que el Fondo (Fondo de Atención de Prestaciones Sociales del Magisterio) contara con el rubro presupuestal para el pago de dicha prestación.

Consecuente con lo anterior, la Nación, Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el H. Consejo de Estado a través de las Sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio





**La educación  
es de todos**
**Mineducación**

de 2018, y la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU336 del dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Al respecto, téngase en cuenta la interpretación dada por la H. Corte Constitucional sobre el respeto de los principios del presupuesto, y los trámites y procedimiento internos para efectuar el pago de una condena, plasmados en la Sentencia C-604/12, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

*“El respeto de los principios del presupuesto exige que no se pueda obligar a una entidad a cumplir inmediatamente con una sentencia o acuerdo conciliatorio, sin atender a los trámites y procedimientos internos para efectuar el pago, tales como los relacionados con la disponibilidad presupuestal, en cuyo caso su incumplimiento vulneraría el principio de legalidad, corriéndose el riesgo de que al hacerlo se tengan que desconocer las normas del presupuesto y de las actuaciones administrativas, reglas a las cuales no está sometido un particular a quien por tanto sí le es exigible que cumpla inmediatamente con un fallo o acuerdo. Es así como el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla en su artículo 192 un procedimiento expresamente dirigido al cumplimiento de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas, el cual establece expresamente que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, plazo éste en el cual las reglas aplicables al pago de intereses no pueden ser las mismas que las que se emplean frente al incumplimiento de una obligación por parte del Estado”.*

Aunado a lo anterior, es importante tener en cuenta en concordancia con el tema en particular, recientemente con la expedición del Plan Nacional de desarrollo 2018-2022, expedido a través de la Ley 1955 de 2019 se puntualizó:

*“Artículo 57. Eficiencia en la Administración de los Recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Las pensiones 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 de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*

*Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

Bogotá D.C. Calle 70 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111  
 Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 496 0546  
 Cali (+57 2) 242 2100 | Cartagena (+57 3) 640 1796 | Ibagué (+57 8) 259 6345  
 Manizales (+57 6) 885 2015 | Medellín (+57 4) 531 9958 | Montería (+57 4) 789 0739  
 Pereira (+57 6) 545 3464 | Popayán (+57 2) 831 0609  
 Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 9) 664 5449

Fiduprevisora S.A. NIT 960.525.148-5  
 Solicitudes 018006 019015  
 correo\_cliente@fiduprevisora.com.co  
 www.fiduprevisora.com.co


**El emprendimiento  
es de todos**
**Min Hacienda**



*Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio."*

A su vez, en el parágrafo del mencionado artículo se dispuso:

**"Parágrafo. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías."** (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Por lo anteriormente expuesto, resulta conveniente concluir que existe participación no solo de Fiduciaria La Previsora en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FOMAG si no que, para el trámite también existe competencia de las entidades territoriales.

#### DEL PRINCIPIO DE EROGACION DEL GASTO

De acuerdo a esto, el pago se realizará cuando exista la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones, tal y como se sostuvo en la Circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo atendiendo a la Sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte constitucional, en la que se manifestó: **"el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan"**.

Así mismo, es importante recordar que los actos administrativos llevan inherente una condición suspensiva, que, para el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la disponibilidad presupuestal con la que cuente según los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y esta sujeción, es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce la parte demandante, en cuanto al pago de sus prestaciones sociales.

En este punto es pertinente destacar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-29 de 1996, que frente al tema expreso: **"(...) debe respetarse el orden de las solicitudes de pago y tener en cuenta la disponibilidad presupuestal (...)"**; concepto reiterado y complementado en las sentencias C- 314 de 1998 y C- 552 de 1998.

#### CESACIÓN DE LA MORA

Ahora en cuanto al momento a partir del cual cesa la mora o la obligación de la entidad por el pago de cesantías se aclara que jurídicamente existen esencialmente tres tipos de obligaciones: a) de dar, b) de hacer o c) de no hacer.





**La educación  
es de todos**
**Mineducación**

Cuando una persona ya sea de manera voluntaria o por imposición de la ley o la justicia se obliga con otra, tiene diversas formas de extinguir dicha obligación, para que no se generen más más obligaciones derivadas o simplemente dando cumplimiento a la obligación contraída.

Ahora esas obligaciones desaparecen o se extinguen<sup>3</sup> por:

- **Solución o pago efectivo:** es simplemente hacer efectivo el pago de lo que se debe o llevar acabo la obligación de dar.
- **Novación:** Es cuando se sustituye la obligación inicial por otra. La inicial se extingue y surge una nueva obligación
- **Remisión o condonación:** Consiste en el perdón que hace el acreedor de la deuda, que sólo puede hacerse efectiva si tiene pleno derecho sobre la cosa o el bien.
- **Compensación:** Esta figura se presenta cuando existen obligaciones recíprocas entre las partes, es decir, que se deben cosas mutuamente
- **Confusión:** Es cuando en una misma persona se reúnen las calidades de acreedor y deudor, pues una persona no puede tener la obligarse a sí mismo.
- **Pérdida de la cosa que se debe:** Como su nombre lo indica ocurre cuando la cosa que se debe, el cuerpo cierto, se destruye, deja de estar en el comercio, se desaparece y se desconoce si existe. En este evento hay que tener en cuenta si fue culpa del deudor que esto sucediera, en este caso la obligación sigue vigente aunque el objeto de la misma cambia y puede configurarse algún tipo de indemnización por los perjuicios que pueda sufrir el acreedor.
- **Declaración de nulidad o por la rescisión:** Cuando la celebración del contrato o medio por el que se generó la obligación sea nulo al no cumplir con los requisitos que dispone la ley para que tenga validez jurídica.
- **Prescripción:** Dada porque con el paso del tiempo el acreedor pierde el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por no hacer ninguna exigencia anteriormente.

En esta secuencia el cumplimiento de la obligación de la Nación- Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se dio el día 20 DE NOVIEMBRE DE 2017 cuando realizó el pago efectivo de las cesantías, fecha en la que se extinguió la obligación a cargo de la entidad demandada, siendo menester mencionar que, una vez verificados los extremos del caso en concreto, resulta visible que la Entidad no incurrió en mora, puesto que de conformidad con lo previsto en la Ley 1071 de 2006 las cesantías reconocidas al educador se pagaron en los términos que señala la mencionada norma.

**DEL PRINCIPIO (NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS). NADIE PUEDE ALEGAR EN SU DEFENSA SU CULPA.**

<sup>3</sup> artículo 1.156 del Código Civil


**El emprendimiento  
es de todos**
**Minhacienda**



La Corte Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos que nadie puede alegar en su favor su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)<sup>4</sup>:

*“(...) En efecto, si los hechos que dan origen a la acción de tutela corresponden a la actuación culpable, imprudente o negligente del actor que derivó, a la postre, en la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, no es admisible que éste pretenda a través de la acción de tutela obtener el amparo de tales derechos, y por lo tanto, desplazar su responsabilidad en la ocurrencia de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo a la autoridad pública o al particular accionado. Una consideración en sentido contrario, constituiría la afectación de los fundamentos del Estado de Derecho y del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución política (...)”.*

Concluyó la Corte que el principio general del derecho según el cual Nadie puede obtener provecho de su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), hace parte del ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, en virtud de dicho principio, el demandante de manera inexplicable incurre en reiterados errores en la liquidación de la sanción mora ya sea por culpa, imprudencia o negligencia de la que claramente pretende sacar un mayor beneficio.

Ello por cuanto, una consideración en sentido contrario, constituiría una afectación del principio en comento, y por lo tanto, de los fundamentos del Estado Social de Derecho y del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución política, en el caso sub judice no obra prueba siquiera sumaria que acredite que la demandante estaba en imposibilidad de saber la fecha o el banco en el que le fueron consignadas sus cesantías, aceptar criterio en contrario sin un sustento probatorio es premiar la desidia de la parte actora.

Así mismo se resalta que en el presente caso mi representada cumplió con su obligación de pagar la suma correspondiente a sus cesantías en los términos dados por la Ley, sin embargo, el docente se dirigió días después a la entidad bancaria, siendo un esto un hecho ajeno y únicamente atribuible al aquí demandante.

## I. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto tanto las declarativas como las de restablecimiento del derecho no están llamadas a prosperar en contra de mi representada, por las razones que se expondrán a lo largo del escrito de contestación, a saber:

### DECLARACIONES

**PRIMERA:** Me **OPONGO** como quiera que la parte actora no sustentó en debida forma la existencia del acto ficto o presunto que pretende se le declare frente a la petición radicada, referente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria del pago de las cesantías, de conformidad a lo

<sup>4</sup> SENTENCIA T-1231/08





estipulado con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aunado a que no está llamado a prosperar.

**SEGUNDA:** Me **OPONGO** como quiera que el pago de las cesantías solicitadas por el docente se realizó en los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006 esto es sin superar los 70 días que tiene la Entidad para el reconocimiento y pago de la prestación económica, por lo que se concluye, que no existe causación de la sanción por mora que pretende el demandante.

**CONDENA**

**PRIEMERA:** Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

**SEGUNDA:** Me **OPONGO** debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de la pretensión declarativa, de tal suerte que, al desecharse por improcedente, las pretensiones condenatorias deberán correr la misma suerte.

**TERCERA:** Me **OPONGO**, debido a que de conformidad con el criterio unificado del Consejo de Estado mediante sentencia del dieciocho (18) de julio de 2018<sup>5</sup>, resulta improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

**CUARTA:** Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

**QUINTA:** Me **OPONGO** debido a que NO existe fundamento fáctico ni jurídico alguno que habilite al Despacho a emitir condena en costas en contra de mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 de Código General del Proceso ni el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

**2. EN CUANTO A LOS HECHOS**

**FRENTE AL HECHO PRIMERO:** La referencia en mención **NO ES UN HECHO**, en tanto no constituye fundamento fáctico de las pretensiones que se elevan con el medio de control y se circunscribe a una referencia normativa.

**FRENTE AL HECHO SEGUNDO:** La referencia en mención **NO ES UN HECHO**, en tanto no constituye fundamento fáctico de las pretensiones que se elevan con el medio de control, y se circunscribe a una referencia normativa.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Sentencia de Unificación del dieciocho (18) de julio de 2018.

VIGILADO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA





**FRENTE AL HECHO TERCERO:** La manifestación contenida en el hecho referido **NO DICE NADA**, en tanto no indica la fecha en la que se elevó la solicitud ante el Ente Territorial.

**FRENTE AL HECHO CUARTO:** La manifestación contenida en el hecho referido **ES CIERTA**, en tanto se verifica con los medios de prueba documentales arrojados al expediente con el escrito de demanda y la resolución de reconocimiento.

**FRENTE AL HECHO QUINTO:** La manifestación contenida en el hecho referido **NO ES CIERTA**, se verifica y los dineros fueron puestos a disposición el día 20 de noviembre de 2017.

**FRENTE AL HECHO SEXTO:** Al respecto debe decirse que **NO ES UN HECHO**, pues constituye en sí mismo una referencia a una disposición normativa contenida en la Ley 1071 de 2006, sin que tal indicación sirva como fundamento de la imputación dentro del medio de control.

**FRENTE AL HECHO SÉPTIMO:** La referencia en mención **NO ES UN HECHO**, en tanto no constituye fundamento fáctico de las pretensiones que se elevan con el medio de control, y se circunscribe a una referencia jurisprudencial.

**FRENTE AL HECHO OCTAVO:** Al respecto debe decirse que **ES PARCIALMENTE CIERTO**, toda vez que, si bien es cierto radicó la solicitud de cesantías el día 12 de septiembre de 2017 ante el Ente Territorial, no es como asevera la parte demandante respecto al pago, puesto que el pago se efectuó el día 20 de noviembre de 2017, por lo que se infiere que el pago se efectuó en los términos previstos en la Ley 1071 del 2006.

**FRENTE AL HECHO NOVENO:** frente al hecho en particular debe decirse que **ES PARCIALMENTE CIERTO**, pues si bien se corrobora la fecha de radicación de la solicitud a la que se hace referencia, no es menos cierto que el trámite de conciliación prejudicial, NO constituye un hecho, sino un requisito de procedibilidad del medio de control.

### 3. EXCEPCIONES

- **FECHA DISPOSICION DE LOS DINEROS A FAVOR DE LOS DOCENTES**

En el caso en concreto, el pago efectivo por parte de la entidad demandada, se realizó desde el día **20 de noviembre de 2017** tal como lo acredita el certificado de pagos emitido por parte de Fiduprevisora S.A como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fecha desde la cual el docente tenía la posibilidad de cobrar los dineros de la cesantía reconocida y fecha hasta la cual se contaría la mora si hubiere lugar a ello.

Lo anterior en concordancia con la Sentencia del Consejo de Estado CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, en la cual dispone lo siguiente:





**“Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo (...).”** Negrilla y subrayada fuera del texto original.

En tal sentido, una vez validados los extremos, esto es la fecha de la solicitud de las cesantías hasta el pago efectivo de las mismas, se puede concluir que no existe causación de la sanción por mora, de conformidad con la normatividad aplicable al caso en concreto.

- **COBRO DE LO NO DEBIDO**

Teniendo en cuenta que en el escrito de la demanda la apoderada de la parte actora indica que el plazo para cancelarlas es con posterioridad a la fecha en se efectuó el pago es deducible indicar que la Entidad no incurrió en mora, adicionalmente, es de resaltar que, el conteo realizado por la parte demandante obedece a la interpretación errada de 65 días hábiles para calcular la sanción mora, no obstante, esto resulta contrario a la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018 a través de la cual sienta jurisprudencia indicando que la mora inicia a partir del día 70, concluyendo como quiera que el pago efectivo de la prestación económica se realizó el día 20 de noviembre de 2017 por lo tanto, no existe causación de la sanción moratoria por el pago tardía de las cesantías.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos solicito a su señoría se de prosperidad a la presente excepción y declare infundados los fundamentos de la demanda inicial, toda vez que, el pago se realizó en los términos previstos en la Ley.

- **IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN**

En este estadio no hace falta hacer mayor disertación sobre el tema debido a que lo relativo a la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada al momento, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación, precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora. Indicó que esta última se trata de una multa que se *“consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago”*. Es decir, se trata de una *“sanción o penalidad”* que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza. No se trata, entonces, de un derecho laboral:

*“Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo*





de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.

Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo."

Sobre el particular, queda suficientemente claro que en este evento no procede la indexación tal como lo pretende el libelo demandatorio.

- **IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS**

Debe precisarse que, conforme dispone el Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

[...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...]" (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los






La educación  
es de todos

Mineducación

argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, y en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad.

El Despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

*“En cuanto a las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda<sup>12</sup> de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.*

*En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada<sup>16</sup>.*

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, que desvirtúa la presunción de buena fe.

Ante la falta del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas, la misma no procede, quien ha actuado en el curso del proceso en buena fe conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA**

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No. 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16), Sentencia 00476 del 6 de abril de 2017.

Bogotá D.C. Calle 72 No. 10-03 | PRX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 956 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 680 1798 | Ibagué (+57 3) 259 6345

Manizales (+57 3) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9968 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 833 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 3) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 866.525.148-5

Solicitudes: 018000 918015

servicioa.cliente@fiduprevisora.com.co

www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda



Sea lo último indicar al Señor Juez, que con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A., y el artículo 282 del C.G.P. (aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A.), solicito al Despacho que, en caso de encontrarse probada cualquier otra excepción dentro del trámite del medio de control, se reconozca y declare en forma oficiosa.

#### 4. PETICIONES

**PRIMERO:** No conceder a las pretensiones de la parte demandante de conformidad con lo expuesto en líneas anteriores.

**SEGUNDO:** Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

#### 5. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DE DERECHO

Ley 91 de 1989, Ley 1071 de 2006, Decreto 2831 de 2005 modificado por el Decreto 1272 de 2018, y Ley 1955 de 2019.

#### 6. PRUEBAS

Solicitamos se tengan con pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.

Solicitamos se exhorte a la Secretaría de Educación en la que fue radicado el Derecho de Petición de reconocimiento de la sanción por mora, con el objetivo de validar si se configuro o no el acto ficto o presunto.

Solicitamos se tenga en cuenta la certificación de fecha a disposición de las cesantías

#### 7. ANEXOS

Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.  
Certificación de fecha a disposición de las cesantías.

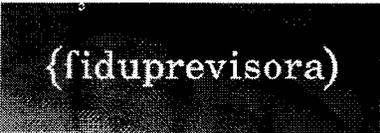
#### 8. NOTIFICACIONES

A la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. identificada con Nit. No. 860.525.148-5 en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a la calle 72 No. 10 – 03 Piso 5 y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co.

A la suscrita en la calle 72 No. 10 – 03 de la Ciudad de Bogotá, teléfono: (571) 5945111

Cordialmente,





La educación es de todos Mineducación

*Liseth Sanabria Cortés*

**LISETH SANABRIA CORTÉS**  
C.C. 1.014.266.150 expedida en Bogotá.  
T.P. 315.063 del C.S.J.  
Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG  
Vicepresidencia Jurídica

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

MINISTERIO DE DEFENSA FINANCIERA DE COLOMBIA

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111  
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 6546  
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345  
Manizales (+57 6) 885 3015 | Medellín (+57 4) 581 9908 | Montería (+57 4) 789 6739  
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909  
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 9) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5  
Solicitudes: 018000 919615  
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co  
www.fiduprevisora.com.co

