

Doctora

MARITZA CANTILA PUCHE

Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena
E.S.D.

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado : 13-001-33-33-004-2019-020300
Demandante : Alfredo Orlando Herazo De Ávila
demandado : Distrito de Cartagena y otros
Asunto : Contestación de la demanda

JAVIER ENRIQUE BARANDICA BELEÑO, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.169.835, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 179.775 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial del **Distrito de Cartagena**, de acuerdo al poder conferido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Distrital, y estando dentro del término legal, me dirijo a usted con el propósito de descorsar traslado del medio de control de la referencia, en los siguientes términos:

Temporalidad:

Me encuentro dentro del término para presentar el presente memorial de contestación, toda vez que la demanda en referencia fue notificada por correo electrónico - buzón de notificaciones del Distrito de Cartagena - el veintitrés (23) de marzo de 2021, por lo que a partir del día siguiente hábil empieza a correr el término de traslado de treinta (30) días, de acuerdo a las voces de los artículos 199 de la Ley 1437 de 2011 o C.P.A.C.A, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. Por tanto, el término para presentar la contestación de la demanda, se extiende hasta el trece (13) de mayo de la presente anualidad. Por lo anterior, el presente escrito de contestación ingresa al expediente dentro del término legal.

Pronunciamiento sobre las pretensiones:

Desde ya me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante solicitadas en la demanda, por considerarlas carentes de derecho para pedir contra mi representada, de soporte fáctico y jurídico, tal como lo desarrollaré más adelante.

Solicito a la señora Jueza, que mediante Sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se sirva negar las pretensiones del medio de control, por cuanto el Distrito de Cartagena, no ha quebrantado las normas o preceptos Constitucionales y Legales que se alegan haber vulnerado y por ende, el acto administrativo demandado ACTO FICTO configurado el 01 de diciembre de 2018, con ocasión de la reclamación de la sanción moratoria de fecha 31- de agosto de 2018, nacen a la vida jurídica en cumplimiento de un deber legal del ente territorial que represento, quien interviene en la proyección del acto administrativo sólo en función de la desconcentración administrativa que le ha sido asignada por el legislador, como más adelante se desarrollará.

Pronunciamiento sobre los hechos:

Sobre los hechos alegados por la parte demandante, y con fundamento en el material probatorio que reposa en el expediente, algunos hechos me constan, otros no, razón por la que me atengo a lo que resulte probado en legal forma dentro del proceso y guarden conexidad con las pretensiones de la demanda.

Del primero al segundo hecho: No son propiamente hechos, responde más a aspectos jurídicos que sirven de fundamento a los hechos invocados por la parte demandante.

Del tercero al quinto hecho: Son ciertos. El demandante solicitó liquidación de sus cesantías, el cual fue reconocida a través de la Resolución No. 7798 del 30 de octubre de 2017, encontrándose dentro del término legal para efectuar el pago, ya que este reconocimiento estaba supeditado a la disponibilidad de recursos económicos que certifique la FIDUPREVISORA S.A.

Del sexto al séptimo hecho: Reiteramos no son propiamente hechos, responde más a aspectos jurídicos que sirven de fundamento a los hechos invocados por la parte demandante. El togado de la parte demandante confunde hechos con fundamentos de derechos.

Del octavo al noveno hecho: Son ciertos parcialmente. La Secretaría de Educación Distrital a través del Área de Prestaciones Económicas y por Resolución No. 7798 del 30 de octubre de 2017 reconoció y ordenó oportunamente el pago de cesantías al demandante, con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de Fiduciaria la Previsora. Esta prestación es cancelada por el Magisterio de acuerdo a la existencia de disponibilidad de recursos.

Lo que se debate/problema jurídico:

En el presente asunto litigioso, el problema a resolver, antes de decidir sobre la Nulidad del ACTO FICTO configurado el 01 de diciembre de 2018, con ocasión de la reclamación de la sanción moratoria de fecha 31- de agosto de 2018 expedidas por la Secretaría de Educación Distrital, consiste en determinar: ¿Si es aplicable la sanción moratoria señalada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 a la liquidación parcial o total de cesantía de los servidores públicos cobijados bajo el régimen de cesantías retroactivas?. Y, para el caso que nos ocupa, por la mora en el pago de la demandante.

En el problema jurídico planteado en precedencia, la parte actora es de la posición que debe declararse la nulidad del acto demandado, y como consecuencia de dicha declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional - Distrito de Cartagena al pago de la sanción de que trata el Art. 2° de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

Manifiesto al Despacho, que me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la presente medio de control con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho contra mi poderdante, con la cual se pretende que se declare la nulidad del acto administrativo, y su consecuente restablecimiento, por las razones jurídicas que a continuación detallo:

Razones y sustentación jurídica de la defensa:

El acto administrativo demandado no viola las disposiciones invocadas por el actor, por el contrario, están estrictamente ceñidos a las disposiciones en que deberían fundarse; por ello, las razones o parámetros por las cuales se realiza la liquidación de cesantías de la demandante fue lo estatuido por las leyes 344 de 1996, 432 de 1998 y ley 1071 de 2006 y Decreto No. 2755 de 1996.

Podemos manifestar que en nuestro ordenamiento jurídico existen tres (3) sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, como son: **(i)** Sistema de Cesantías con Retroactividad, se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; **(ii)** Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación; y **(iii)** Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998. De lo expuesto, se concluye que en el sector público territorial coexisten varios sistemas de cesantías, que gozan de vigencia en el ordenamiento jurídico, los cuales se aplican de manera integral, la más favorable al empleado, de acuerdo a su opción y fecha de vinculación.

Es por tal razón que al no darse aplicación a estos sistemas, surge la sanción moratoria que se genera por la consignación tardía de tal acreencia, es decir, que se genera por el no pago dentro de los plazos establecidos al momento de la solicitud o retiro definitivo del servicio.

En ese sentido, la Ley 244 de 1995 fijó los plazos para la **liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas** de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación.

En efecto, en lo atinente a la sanción moratoria que se causa por la falta de pago de las cesantías a la terminación de la relación legal o reglamentaria, el parágrafo del artículo segundo de la mentada normativa, dispuso:

*"ARTÍCULO 2o. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, **a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público**, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

(...)" (Cursivas y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en el caso de los docentes, estos tienen un sistema especial y procedimental para el reconocimiento y pago de sus cesantías, es decir, que de acuerdo al artículo 3º de la ley 91 de 1989 y el artículo 962 de 2005, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena sólo recibe y atiende las solicitudes relacionadas con liquidación de cesantías de docentes, pero la encargada de dichos pagos es la FIDUPREVISORA S.A., la cual materializa los pagos una vez exista disponibilidad de recursos, ya que es la entidad que administrar los recursos

no sólo de los docentes de Cartagena sino del nivel nacional dispuestos por el Fondo del Magisterio para atender los pagos de cesantías de los docentes en Colombia.

Visto lo anterior, en el presente caso no hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria deprecada, toda vez que el proceder de la Secretaria de Educación Distrital se ajustó al procedimiento especial creado por la ley 91 de 1989, el cual fue instituido para el reconocimiento y pago de cesantías del sector docente, esto es, que una vez el demandante presentó solicitud de reconocimiento de cesantías, la Secretaría de Educación Distrital solicitó a la FIDUPREVISORA S.A. certificación de existencia de disponibilidad de recursos a fin de proceder con la expedición del acto administrativo mencionado en precedencia., el cual se convierte en un requisito indispensable para su expedición. Es por ello que consideramos que la expedición del acto administrativo demandado se ajusta a derecho y goza de presunción de legalidad, ya que fue emitido con fundamento en las normas antes citadas, en especial por la ley 91 de 1989.

Proposición de excepción:

Como medio de defensa judicial y en aras de salvaguardar los intereses del Distrito de Cartagena, a continuación expongo la siguiente excepción:

Excepción previa:

Falta de legitimación en la causa por pasiva.

El DISTRITO DE CARTAGENA, no es el sujeto llamo a responder por las pretensiones de la demanda, ya que no tiene acreencias laborales por concepto salarial y/o prestacional al demandante, toda vez que las cesantías y demás prestaciones alegadas por la demandante corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual es cancelada por la Fiduciaria la Previsora S.A.

Es así como el Artículo de la Ley 91 de 1989, textualmente dispone:

"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 correspondiente Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelar a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrados que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministerio 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 unidad". (Cursivas propias).

Así mismo, el Artículo 56 de la Ley 956, dispone:

"ARTICULO 56: RACIONALIZACION 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". (Cursivas, negrillas y subrayas fuera de texto).

Por su parte el Decreto 2831 de 2005 ¹, que reglamentó las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, en su artículo 3° estableció que las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen competencia para atender las solicitudes prestacionales que sean pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El artículo citado dispone lo siguiente:

Artículo 3°. *Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

*3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento**, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **para su aprobación**, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*

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 las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las 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 este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. *Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

¹ "Por el cual se reglamenta el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones"

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado:13001-33-33-004-2019-0203-00
Juzgado 4° Administrativo de Cartagena

Parágrafo 2°. *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 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.* (Negrillas y cursivas propias).

Más aún, sobre el análisis de estas normas, recientemente el Tribunal Administrativo de Bolívar, al resolver sobre la proposición de la excepción falta de legitimación por pasiva, afirmó:

"De las normas citadas se colige, que aun cuando los secretarios de Educación de los entes territoriales, son quienes proyectan y firman los actos administrativos que reconocen o niegan prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia o autónoma, si no que se adoptan en virtud de la desconcentración de funciones de este último.

Por tanto, al actuar el ente territorial como un simple agente de la entidad del orden nacional, no está llamado a responder por las prestaciones que le competen a aquél.

Al respecto se remite el Despacho a lo sostenido en la sentencia de fecha 14 de febrero de 2013, proferida por la Sección Segunda Subsección "B" del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, radicado interno (1048-12).

*En este orden **se declara en el presente caso, la existencia de la excepción de falta de legitimación por pasiva del Distrito de Cartagena...**"*² (Cursivas y negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, si bien es la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena la que proyecta el acto administrativo demandado, las decisiones allí contenidas no corresponde al deber legar como función propia sino en ejercicio de una función desconcentrada; por tanto mi poderdante no está llamada a responder dentro del presente asunto. Por ello, solicito se desvincule al Distrito de Cartagena de la presente demanda.

Excepción innominada:

Solicito que se declare cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con la ley 1437 de 2011 ó CPACA y 1564 de 2012 ó Código General del Proceso.

Pruebas:

Comedidamente, solicito al Despacho que se tengan como pruebas las aportadas por la parte demandante; en cuanto a los antecedentes de los actos administrativos demandados, fueron solicitados, los cuales aportaré una vez sean expedidos por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena.

² Tribunal Administrativo de Bolívar, Magistrada Ponente: Dra. HIRINA MEZA RHÉNALIS, 27 de mayo de 2014, Audiencia Inicial. Radicación número: 130012333-000-2013-00327-00.

Javier Enrique Barandica Beleño
Abogado

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado:13001-33-33-004-2019-0203-00
Juzgado 4° Administrativo de Cartagena

Anexos:

Adjunto poder conferido al suscrito para actuar, copia del Decreto 0228 de 2009, copia del decreto 0715 del 12 de mayo de 2017, decreto No. 0035 del 07 de mayo de 2020, y acta de posesión de nombramiento de la Dra. Myrna Elvira Martínez Mayorga, como Jefe de la oficina Asesora Jurídica del Distrito de Cartagena.

Notificaciones:

Las recibiré en la Secretaría del Despacho o en mi oficina ubicada en el centro, sector Matuna, Edificio Concasa piso 14, oficina 14-01, Cartagena. Celular No. 300-8124130, correo: asesoriasjuridicas1204@hotmail.com y jababe1204@hotmail.com

Atentamente,



JAVIER ENRIQUE BARANDICA BELEÑO
C.C. No.9.169.835
T.P. No. 179.775 del C. S. de la J.