

20221182513611

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221182513611**
Fecha: **19-10-2022**

Señores:

JUZGADO 11 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.

Radicación:	130013333011202200210
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	JOSÉ MIGUEL CARBAL FONSECA
Demandados:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG – BOLIVAR.
Asunto:	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

MARÍA EUGENIA SALAZAR PUENTES, identificado con cédula de ciudadanía número 52.959.137 de Bogotá , y portador de la Tarjeta Profesional 256.081 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme al 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; hallándome dentro del término procesal oportuno, procedo a realizar **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

1. A LAS PRETENSIONES.

ME OPONGO a la totalidad de las **PRETENSIONES DECLARATIVAS** formuladas por la parte accionante, en contra de las Entidades que represento, puesto que, una vez realizado el estudio legal de cada una de ellas, se observa que debe declararse la legitimación del Ente Territorial, para asumir el pago de la sanción moratoria causada a partir 2021; al amparo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019¹, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados,

En correspondencia de lo anterior, y al ser las **PRETENSIONES DE CONDENA**, consecuencia de las primeras, **ME OPONGO TAMBIÉN A LA PROSPERIDAD DE ESTAS**, puesto que, una vez realizado el estudio legal de cada una de ellas, se observa que el Ente Territorial, debe asumir la condena en el pago de la sanción moratoria; al amparo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados.

La Entidad Territorial DEPARTAMENTO DE BOLIVAR - **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL**, es el llamado **asumir las condenas señaladas**, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados. teniendo presente que fue dicho Ente quien emitió de la Resolución a través de la cual se cancelaron las cesantías definitivas a la accionante; y consecuentemente, le asiste responsabilidad a título individual, tal como se desprende de la interpretación armónica del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

2. A LOS HECHOS.

FRENTE AL HECHO PRIMERO: NO ES UN HECHO; de conformidad con lo estipulado en la ley 91 de 1989 en cuanto a la competencia del FONDO NACIONAL DE PRESTACION SOCIALES DEL MAGISTERIO.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: ES CIERTO, NO ES UN HECHO; de conformidad con lo estipulado en la ley 91 de 1989 en cuanto a la creación del FONDO NACIONAL DE PRESTACION SOCIALES DEL MAGISTERIO.

FRENTE AL HECHO TERCERO: NO LE CONSTA A MIS REPRESENTADAS, toda vez que el trámite administrativo se realizó en la entidad territorial, de tal surte que es este él encargado de la custodia de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de la Resolución No. 1629 que pueden dar cuenta de esta afirmación.

¹ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

FRENTE AL HECHO CUARTO: Es cierto de conformidad con el material documental allegado con el escrito de demanda.

FRENTE AL HECHO QUINTO: NO ES UN HECHO, es una cita del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y la interpretación de la apoderada judicial, sin embargo, vale la pena manifestar que es a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley que establece un correctivo a las entidades territoriales cuando la moratoria se generó por la tardanza del trámite a su cargo.

FRENTE AL HECHO SEXTO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

FRENTE AL HECHO SEPTIMO: NO ES UN HECHO sino una apreciación del apoderado judicial, sin embargo, en tanto del material documental, necesariamente la Resolución No. 1629 de 2021-04-22, por medio de la cual se reconoce el pago de cesantía parcial del hoy demandante, se observa que la fecha de solicitud de las cesantías fue el 19 de febrero de 2021, que la entidad territorial tenía hasta el 12 de marzo de 2021 para expedir el acto administrativo dentro del término, sin embargo, la resolución fue expedida hasta 22 de abril de 2021, por consiguiente, la sanción moratoria aquí reclamada ha de ser reconocida y pagada con recursos propios de la entidad que generó la mora por la tardanza del trámite a su cargo y no con recursos del FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

FRENTE AL HECHO OCTAVO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

Las sentencias de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, de los años 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los casos relacionados con la sanción moratoria en el pago de las cesantías que imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto, las Altas Cortes determinaron que la sanción por mora si es aplicable al pago de las cesantías del FOMAG, a pesar de que no esté provisto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

No obstante, lo anterior, **la presencia de problemas operativos en las Entidades Territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG.**

Si bien es cierto, el Decreto 1272 de 2018, modifico entre otras cosas el procedimiento para el reconocimiento de cesantías por parte de las Entidades Territoriales certificadas, ajustando los términos para resolver las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del magisterio, **la atención a las mismas está sujeta al turno de radicación, así como a la disponibilidad presupuestal para realizar el pago.**

Sobre el procedimiento contemplado en la normatividad citada, se expone lo siguiente:

"ARTICULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías, la entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

A su vez dentro el mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

A su vez dentro del mismo término, la sociedad Fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin, como lo regula el Decreto 1272 de 2018.

"ARTICULO 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial

certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que

contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contara con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARAGRAFO. *Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser atendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, el Decreto 1272 de 2018 ajustó los términos del trámite de reconocimiento de las cesantías a los quince días previstos en la ley 1071 de 2006, sin embargo, el trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005, sigue igual, pero acortado en los términos para que la Entidad Territorial envíe a la sociedad Fiduciaria el proyecto de resolución y para que esta apruebe o no.

En la actualidad, el procedimiento para reconocer una prestación, incluyendo el pago de cesantías, es un procedimiento complejo que involucra a la Entidad Territorial y a la Fiduprevisora S.A., de acuerdo con el artículo 56 de la ley 962 de 2005, que dispone:

"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.”

Ahora bien, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, y esta última, en su artículo 57, reguló lo relacionado con eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prohibiendo que con cargo a los recursos de dicho Fondo se paguen las sanciones derivadas de la mora en el pago de las prestaciones, e imponiendo responsabilidad directa a la Secretaría de Educación del ente territorial por la mora en el pago de la cesantías.

De lo expuesto, se desprende qué, la **solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas debe presentarse ante la última Entidad Territorial en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado.** Las Secretarías de Educación respectivas deben recibir y radicar las solicitudes, expedir las certificaciones, subir a la plataforma los proyectos de acto administrativo, suscribir los actos administrativos de reconocimiento y remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos con la constancia de ejecutoria.

Para el reconocimiento de cesantías, y con el fin de observar el termino de quince días previsto en la **Ley 1071 de 2006**, la entidad territorial tiene cinco días para elaborar un proyecto de acto administrativo y remitirlo a la sociedad Fiduciaria; a su vez, esta cuenta con cinco días para expedirlo y aprobarlo, u objetarlo; y la Entidad Territorial tiene otros cinco días para expedir el Acto Administrativo.

Lo planteado resume que, pueden surgir varias circunstancias por las cuales la moratoria resulta configurada a favor del accionante: i) **En la expedición del acto administrativo, fruto de una demora de la entidad territorial en enviar el proyecto de acto administrativo o en expedirlo luego de recibida la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria o expedir el acto administrativo y no enviarlo dentro de los 5 días siguientes recibida la aprobación a la entidad fiduciaria para posterior pago de la prestación,** ii) **En la expedición del acto administrativo, producto de la demora de la sociedad fiduciaria en hacer la revisión respectiva;** iii) **Una vez expedido y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal.**

Caso en concreto:

La Resolución No. 1629 de 2021-04-22, por medio de la cual se reconoce el pago de cesantía parcial del hoy demandante, se observa que la fecha de solicitud de las cesantías

fue el 19 de febrero de 2021, que la entidad territorial tenía hasta el 12 de marzo de 2021 para expedir el acto administrativo dentro del término, sin embargo, la resolución fue expedida hasta 22 de abril de 2021, por consiguiente, la sanción moratoria aquí reclamada ha de ser reconocida y pagada con recursos propios de la entidad que generó la mora por la tardanza del trámite a su cargo y no con recursos del FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Es que, en caso *sub judice*, nos hallamos frente a lo que bien puede denominarse: una moratoria causada en el año 2020. Pues la totalidad del periodo de mora, a partir del **21 de febrero del 2020**, cuyo responsable del pago, en el evento de declararse la Nulidad de los Actos Administrativos solicitados, sería el ente territorial; es decir, MUNICIPIO DE SINCELEJO – **SECRETARIA DE EDUCACIÓN** de conformidad el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020,

NO debe pasarse por alto, el contenido del pluricitado Artículo 57, Parágrafo y Parágrafo Transitorio, de la Ley 1955 de 2019 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad", el cual reproduzco *in extenso*:

*"Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo 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.***

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 Secretaria 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" (Subrayas y negrillas propias).

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda

y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas.

Sin mayores elucubraciones, y, brindando una interpretación armónica de la norma, es dable afirmar con grado absoluto de certeza, que dicho precepto normativo, se constituye en la norma sustancial

que subsume el caso concreto, en tratándose de moratoria en el pago de cesantía docente, generada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019, y, por ende, es el Ente Territorial el llamado asumir el pago de la moratoria generada desde el 29 de mayo de 2021, en caso de declararse la Nulidad de Actos Administrativos solicitados.

Descendiendo al caso *sub judice*, tenemos lo siguiente:

Solicitud	Fechas
Fecha petición cesantías	19 febrero 2021
Respuesta (15 días)	12 marzo 2021
Ejecutoria (10 días)	26 marzo 2021
A.A. EXTEMPORANEO	Resolución No. 1629 de 22 abril 2021
70 días hábiles	28 mayo 2021
Mora a partir de	29 mayo 2021
Fecha de pago	2 agosto 2021
Días de mora	65

Todo lo anterior, nos permite indicar que, con relación a las entidades que represento, y atendiendo a los anexos allegados en el escrito de demanda estaríamos frente a una moratoria causada en su totalidad en el año 2021, y acreditado la responsabilidad del ente territorial en el trámite en la mora en la expedición de acto administrativo de reconocimiento de la prestación, de tal suerte que de conformidad el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, **el llamado a reconocer la indemnización por concepto de sanción**

moratoria es el ente territorial y no el FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

5. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FOMAG, PARA ASUMIR CONDENAS POR SANCION MORA, POSTERIORES AL 31 DE DICIEMBRE DE 2019**

Opongo la excepción de mérito denominada: **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, la cual halla sustento de la siguiente forma:

Desde la Teoría General del Proceso, este medio exceptivo se configura, por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio. Así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron origen a la demanda.

Amparado en dicho presupuesto, ha de observar el Despacho, que, en concordancia con las normas sustanciales –ya reseñadas-, que subsumen el caso *sub lite*, **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG**, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, causadas hasta el 31 de diciembre de 2019, sería responsable del pago de la mentada moratoria.

Sin embargo, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, causadas desde el 01 de enero de 2020 es responsable del pago, **EL ENTE TERRITORIAL** –Tal como ocurre en el caso de marras, la presunta moratoria se causaría a partir del 21 de mayo de 2020 y la fecha de pago 09 de junio de 2020.

Con base en lo anterior, manifiesto a su Honorable Despacho, que la parte accionante comete un yerro al determinar que es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el llamado a responder por la indemnización por concepto de sanción moratoria; ya que, como se reitera, por manado expreso legal, la legitimada para asumir eventuales declaraciones y condenas respecto a esta situación de hecho y derecho, generadas desde el 01 de enero de 2020, es el respectivo **ENTE TERRITORIAL**.

Solicito se declare la presente excepción, por hallarse plenamente acreditada.

- **CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019:**

Señor juez, en caso de declarar nulo el acto administrativo demandado, solicito respetuosamente tenga en cuenta que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación de Bolívar, quien incumplió los términos para expedir el acto administrativo.

CASO EN CONCRETO:

La Resolución No. 1629 de 2021-04-22, por medio de la cual se reconoce el pago de cesantía parcial del hoy demandante, se observa que la fecha de solicitud de las cesantías fue el 19 de febrero de 2021, que la entidad territorial tenía hasta el 12 de marzo de 2021 para expedir el acto administrativo dentro del término, sin embargo, la resolución fue expedida hasta 22 de abril de 2021, por consiguiente, la sanción moratoria aquí reclamada ha de ser reconocida y pagada con recursos propios de la entidad que generó la mora por la tardanza del trámite a su cargo y no con recursos del FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Así pues, en caso de una eventual condena es ella la llamada a responder, conforme la Ley 1955 de 2019, artículo 57 parágrafo 1º.

En el presente caso debe señalarse que la referida norma señaló *in extenso*:

"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. 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.

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 ex-temporáneo 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.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En principio la Secretaría, señalará que se ciñó al procedimiento enmarcado en los artículos 2,3,4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 que reglamentó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 indicando que suscribió el acto administrativo previa aprobación por parte del ente pagador. No obstante, el H. Consejo de Estado en sentencia SU 00580 de 18 de julio de 2018 señaló que dicha normatividad tiene una contradicción frente a los términos enmarcados en ley 1071 de 2006 de-viéndose aplicar los términos establecidos en la ley y no en el decreto reglamentario:

"(...) En consecuencia, estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso (...) la Sala in-aplicará para los efectos de unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria (...)"

Entonces y en virtud de lo señalado en la Ley 1071 de 2006, el acto administrativo debió expedirse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de solicitud de las cesantías, para después de quedar ejecutoriado el ente pagador dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes ponga los recursos a disposición del peticionario y no haberse tomado el término en el decreto 2831 de 2005, en tanto que los términos señalados en ambas

normativas son contradictorios, teniéndose que aplicar la regla de mayor jerarquía, esto es la ley por encima de los reglamentos.

En consecuencia, hubo un retardo por parte del ente territorial en el envío de la solicitud de pago de la cesantía, situación que a la luz del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, son de única responsabilidad de dicha entidad siendo necesario su condena proporcional en la sentencia que ponga fin al litigio.

- **COBRO DE LO NO DEBIDO, POR MORATORIA GENERADA EN EL AÑO 2020**

En razón a que el demandante presenta la demanda a la NACIÓN **MINEDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, se configura la presente excepción; pues, tal como ha sido expuesto, la responsabilidad en el eventual pago de moratoria causada en el año 2020, sería responsabilidad del **ENTE MUNICIPIO DE BOLIVAR por mandato del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y no el FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.**

Sean estos motivos suficientes para solicitar al fallador de instancia, hallar configurada la presente excepción, en favor de mi representada

- **IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA.**

En virtud a la Unificación de Jurisprudencia, los ajustes a valor presente de la sanción moratoria son improcedentes, *“debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario por lo que no es moderado condenar al pago de ambas; por cuanto se entiende que la sanción moratoria, además de castigar a la Entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria”.*

Siendo, así las cosas, resulta improcedente condenar a la indexación, en los términos que lo efectuó el A -quo.

Si bien, la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento.

Así pues, la Corte Constitucional se refirió a la cesantía de la siguiente manera:

“La cesantía constituye una forma de remuneración laboral, por lo cual los trabajadores tienen derecho a que éstas no pierdan su valor adquisitivo, debido a la ineficiencia de las entidades pagadoras y a los fenómenos inflacionarios. La sanción

*moratoria impuesta por la ley busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. **En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta reclame también la indexación,** por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.¹² (Subraya y negrilla propias)*

Por otro lado, en reciente Sentencia de Unificación, la Sección Segunda del Consejo de Estado, definió el fenómeno de la indexación en los siguientes términos:

"La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos."¹³

En este mismo sentido, el Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, señaló la naturaleza y finalidades de la sanción moratoria, insistiendo que se trata de una "multa a cargo del empleador". En dicha oportunidad, sostuvo:

"A partir de lo anterior, es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria: i) La sanción moratoria 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 y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo, por lo cual, la disposición buscó que la administración expidiera la

² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-448 del 19 de septiembre de 1996. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

³ Consejo de Estado - Sección Segunda. Sentencia de julio 18 de 2018. Expediente Rad. N. 73001-23-33-000-2014-00580-01. C.P. William Hernández Gómez

resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador.

De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una **multa** a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:

La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, **es una multa a cargo del empleador** y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los

daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.

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.⁴

Igualmente, en dicha providencia se sentaron las siguientes reglas jurisprudenciales:

"3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente,

⁴ Ibídem

esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”*

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

***3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”** (Subraya y negrilla fuera del texto)⁵*

De la Jurisprudencia antes trascrita, es dable concluir que lo dispuesto por el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no es aplicable para al caso que ocupa nuestra atención, pues como ya se ha venido

reiterando, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, habida consideración que la tantas veces citada indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria, sino que es superior al valor que resulta de la sanción moratoria.

- **COMPENSACIÓN**

De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

- **SOSTENIBILIDAD FINANCIERA**

⁵ Ibídem

Al respecto, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

- **PRESCRIPCIÓN**

En relación a la prescripción extintiva del derecho para casos en los cuales se realiza la reclamación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado

en sentencia 00188 de 2018 del 15 de febrero de 2018 y consejero ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ estableció:

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Lo anterior haciendo referencia a que, si bien el reconocimiento de la sanción moratoria está vinculada a las cesantías que se le debe pagar al empleado público, dichos derechos no dependen el uno del otro, sino que se causan de forma independiente, por lo cual no es factible establecer que las sanciones moratorias no tienen prescripción alguna por derivarse del pago prestacional de las cesantías. Al respecto en la sentencia 00188 de 2018, se expresa:

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

De lo anterior se desprende que se le dé aplicación a lo establecido en el artículo 151 del Código de procedimiento laboral, establece el término de prescripción para la sanción moratoria de la siguiente forma:

Artículo 151. Prescripción: *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el*

{empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

De ahí que el Consejo de Estado en sentencia 00188 de 2018, afirma que:

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección).

Por lo anterior, no se comparte el argumento del a quo al resolver la excepción de prescripción según el cual «[...] al no existir prescripción respecto de las cesantías, tampoco lo habrá de la sanción moratoria, por ser ésta consecuencia del pago tardío de la primera [...]», porque la sanción moratoria se causa de forma autónoma, por el solo incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías. Es decir, no se supedita al pago efectivo de las cesantías.

En aplicación del criterio antes expuesto, se establece que la sanción moratoria es prescriptible y se le aplica lo previsto en el artículo 151 del C.P.L, por lo cual, se solicita que se declare la configuración del fenómeno prescriptivo de la sanción moratoria solicitada por la parte demandante.

- **NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

No se abre paso la condena en costas, al ampro de la sentencia proferida por la Sección Segunda del 18 de julio de 2018⁶, donde expuso

a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a un "objetivo valorativo" – CPACA-*

b) *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

⁶ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, Sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

c) Sin embargo se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

Es sobre los anteriores criterios que el juez de instancia debe estructurar o no la condena en costas. Por su parte, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., a su vez, señala que "**Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva**

desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto". Sin embargo, la aplicación de este precepto legal, debe armonizarse con el numeral 8º, el cual señala que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

Es decir, cuando no aparecen causadas las costas, como el caso de marras, no procederá la condena en este sentido. Con razón el Consejo de Estado⁷, ha sentenciado:

"En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia"

En otra oportunidad, esta misma Corporación⁸ sostuvo:

"Debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[28] de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 26 de abril de 2018, Radicación: 19001-23-33-000-2014-00452-01(0104-17), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

*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 Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. En el caso, no se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada**, razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas”.*

Analizada la normatividad legal que rige la condena en costas, así como el desarrollo jurisprudencial que orienta y prevé las pautas a seguir por los jueces para fulminar o abstenerse de condenar; se

observa dentro del presente *sub lite*, que no se hallan criterios **objetivos valorativos** que demuestren su causación.

Lo que si se evidencia es lealtad procesal, y buena fe en cabeza de esta Entidad demandada; tan al punto que, en el curso del proceso, no combate ni pretende combatir el derecho al pago de la sanción moratoria a favor del accionante, sino que se limita a verificar y solicitar que el derecho reconocido al demandante se ajuste a la realidad y justicia material contenida en la situación fáctica que dieron origen a la presente Litis.

No se evidencian maniobras fraudulentas, dilatorias o de mala fe, por parte de las Entidades que represento; razón por la cual, solicito al Honorable Despacho, absolver de la condena en costas a este extremo demandado

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

Amparado en el canon 282 del C.G.P., y en el principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez, es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

6. PETICIONES.

Corolario de lo expuesto, y en concordancia con las excepciones planteadas, solicito al Despacho que, previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

1. Declarar probadas las excepciones propuestas, con las consecuencias benéficas a las Entidades que represento.
2. Declarar terminado el proceso respecto de las entidades que represento, derivado de la falta de legitimación en la causa por pasiva.
3. Abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada
4. Se me reconozca personería jurídica dentro de la presente actuación

7. MEDIOS PROBATORIOS

Solicito se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.

- Oficiar a la entidad territorial – Secretaría de Educación de Bolívar para que allegue con destino a este proceso los antecedentes administrativos.
- Certificación de No antecedentes administrativos.

8. ANEXOS.

1. Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.
2. Copia de escritura pública No. 522 de 2019.

9. NOTIFICACIONES

Mi representada recibirá notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A, ubicada en la Calle 72 N° 10-03 Bogotá y a las direcciones electrónicas notjudicial@fiduprevisora.com.co

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

A la suscrita en el correo electrónico t_msalazar@fiduprevisora.com.co,

Cordialmente,

MARIA EUGENIA SALAZAR PUENTES

C.C.52.959.137 expedida en Bogotá

T.P. 256.081 del C.S.J.

Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica