

SEÑORES

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL

TUNJA

j06admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ANA MARIA CABEZAS VELASQUEZ-23605138
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Radicado: 15001333300620200001800
ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA

DIEGO STIVENS BARRETO BEJARANO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.032.362.658 de Bogotá D.C. y T.P. 294.653 del C.S.J., en mi condición de apoderado sustituto de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme poder de sustitución otorgado, por el Doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado con cedula 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, adicionada, que lo faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial, me permito dar respuesta 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:

“(…) 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.

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 notaria 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 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 separado 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.”
- Ahora bien, una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es preciso referirnos a la demanda de la referencia para dar contestación bajo los siguientes parámetros.

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Declarativas

Primera: ME OPONGO, pues si bien es cierto en el líbello del introductorio se evidencia la solicitud de reconocimiento y pago de sanción por mora a al ente territorial, también es cierto que NO se tiene evidencia sobre si la misma tuvo o no respuesta, pues es dicha entidad quien debe emitir certificación indicando si fue brindada respuesta a lo solicitado en el oficio. Por lo tanto, en este momento no existe certeza sobre la configuración del acto ficto.

Segunda: ME OPONGO, como quiera que no se demostró la existencia de acto ficto o presunto, razón por la cual no es posible declarar la nulidad de un acto que no cuenta con certeza de su existencia a la luz jurídica.

CONDENAS

PRIMERO: ME OPONGO, en cuanto que al no individualizarse en debida forma el acto administrativo que niega la sanción moratoria, para el juez de conocimiento no le está permitido condenar sobre los derechos que se reclaman en la demanda.

SEGUNDO: ME OPONGO, pues la sentencia en si ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma.

TERCERO: ME OPONGO, ya que NO existe certeza sobre la sanción moratoria y su causación. Adicional a lo anterior, NO procede la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo a lo estipulado en la Sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018.

CUARTO: ME OPONGO, toda vez que el simple hecho de solicitar la sanción moratoria, ya se entiende un pago adicional al de las cesantías, y por ende no se puede solicitar pago sobre pago de conformidad a los parámetros expuestos por el Honorable Consejo de Estado.

QUINTO: ME OPONGO, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legítima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 Código General del Proceso.

I. FRENTE A LOS HECHOS

PRIMERO: NO ES UN HECHO, es una referencia normativa a la ley 91 de 1989

SEGUNDO: NO ES UN HECHO, es una referencia normativa sobre la facultad para reconocer las cesantías de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: ES CIERTO, conforme con lo que se evidencia en la resolución que solicita el pago de la prestación.

CUARTA: ES CIERTO, conforme con lo que se evidencia en la resolución acusada

QUINTO: NO ME CONSTA, me atengo a lo probado en el proceso.

SEXTO: NO ES UN HECHO, es una transcripción normativa del artículo 2 de la ley 10 71 de 2006.

SÉPTIMO: NO ES UN HECHO, es una cita de la sentencia de unificación del Consejo de Estado que establece los términos para contabilizar la sanción mora.

OCTAVO: NO ME CONSTA, me atengo a lo probado en el proceso.

NOVENO: NO ME CONSTA, ya que NO se tiene certeza sobre si existe o no acto ficto, ya que NO existe pronunciamiento del ente territorial respectivo. Por lo tanto debe probarse, así las cosas es pertinente mencionar que el trámite de conciliación prejudicial, NO constituye un hecho, sino un presupuesto del medio de control.

FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

La ley 91 de 1989 mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señaló en el artículo 15 de esa normatividad que el pago de cesantías estaría a cargo de la entidad de la siguiente manera:

“(…) Cesantías:

Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma

que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional (...)

De conformidad con lo anterior, todos los miembros del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio tienen derecho a que se les cancele un mes de salario por cada año laborado a título de auxilio de cesantías, prestación que deberá ser liquidada de manera anualizada, sin retroactividad con base en el último salario devengado siempre el docente se haya vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989.

Dicha norma, si bien es cierto es clara respecto a señalar que los docentes tienen derecho a un auxilio de cesantías anualizado, no señaló cual es el término que tiene el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para reconocer dicha prestación ni contempla algún tipo de sanción en caso de que estas no se reconozcan lo que generó controversia en cuanto a cuál era el procedimiento a seguir.

Pues bien, existiendo ese vacío normativo los operadores judiciales optaron por señalar que a los docentes les es aplicable el procedimiento aplicable a los servidores públicos que se encuentra contemplado en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, norma que señaló que esas prestaciones deberán reconocerse acatando las siguientes reglas:

“ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

(...)

ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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 (...)

Entonces, conforme con la normatividad transcrita se tiene que al momento de radicar la petición, la entidad que recibe la solicitud tiene un plazo de quince (15) días para reconocer las cesantías parciales y definitivas, y la entidad pagadora a partir de la firmeza del acto, esto es cinco (5) días de ejecutoria si la petición se realizó en vigencia de la ley del decreto 01 de 1984 o diez (10) si la misma se realizó en vigencia de la ley 1437 de 2011, la entidad pagadora contará con término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para poner a disposición los recursos.

De conformidad con lo anterior, a partir del momento de la radicación de la solicitud de las cesantías parciales o definitivas por parte del servidor público, la administración cuenta con un total de sesenta y cinco (65) días para poner a disposición los recursos si la solicitud se realizó antes del 2 de julio de 2012 o setenta (70) días si la misma se realizó con posterioridad a esa fecha, so pena de incurrir en la sanción establecida en el parágrafo del artículo 2 de la ley 1071 de 2006 que señaló:

“PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales 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. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

En tal sentido, los servidores públicos cuentan con el derecho a recibir un día de salario por cada día de retardo a título de sanción mora, si el pago de esos recursos se realizó por fuera de los sesenta y cinco (65) o setenta (70) días y deberá ser liquidado hasta el día inmediatamente anterior a la fecha en la que se efectuó su pago.

Si bien es cierto esta figura normativa existía para los servidores públicos, no existía norma explícita que señalara que la sanción moratoria es un derecho del que gozan los docentes del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del magisterio por cuanto los mismos no tenían calidad de servidores públicos sino de trabajadores oficiales para que se les aplicara esa norma, pese a que ya los operadores judiciales hubiesen decidido aplicarlo.

Es así como el H. Consejo de Estado mediante sentencia de unificación 580 del 18 de julio de 2018, Consejera Ponente Sandra Liseth Ibarra, concluyó que a los docentes afiliados a dicho fondo si le son aplicables las disposiciones contenidas en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 fijando la siguiente subregla:

PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.

ii) 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 cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley²³⁶ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, 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. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto 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.

iii) Cuando se interpone 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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en 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.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

Es entonces indiscutible que a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le son aplicables los presupuestos normativos enmarcados en la ley 244 de 1995 modificado por la ley 1071 de 2006, en el sentido que sus cesantías deben ceñirse a lo dispuesto en esa normatividad y en caso que no se respeten las disposiciones allí señaladas, el FOMAG deberá pagar una sanción moratoria por cada día de retardo en que incurra hasta la fecha en que ponga a disposición los recursos.

Ahora bien, la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra descrita en el artículo 3 de la ley 91 de 1989 el cual señala lo siguiente:

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 (sic) 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.

Atendiendo a su naturaleza y al ser una cuenta especial creada para el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados que no tiene personería jurídica, necesariamente los reconocimientos de dichas prestaciones deben realizarse a través de una entidad delegada a la cual se encuentre vinculado el docente que solicita su prestación.

Tal afirmación tiene su piso jurídico en el contenido enmarcado en el artículo 56 de la ley 962 de 2005 que señaló:

“Artículo 56. 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 la entidad territorial”

El anterior artículo fue reglamentado por el Decreto reglamentario 2831 de 2005 que señaló en su artículo 3 lo siguiente:

“Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

En esa medida ante las entidades territoriales debe realizarse la solicitudes de las prestaciones económicas de los miembros del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y estas deberán resolver a nombre de dicho fondo lo que a la postre permitiría concluir que todas las solicitudes que tengan que ver con el reconocimiento de derechos en cabeza del fondo, deben ser recibidas y resueltas por la Secretaría, **incluidas aquellas que pretendan derechos inciertos y discutibles como son la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.**

Por lo anterior, los pronunciamientos emitidos por esas entidades respecto de ese tipo de solicitudes y en general aquellos que sean expedidos con fundamento en solicitudes que versen sobre derechos que tengan que reconocer el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, son verdaderos actos administrativos que deben ser objeto de control en el caso que estos resuelvan de manera desfavorable las peticiones, incluyendo las de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, sin que el administrado pueda acudir a la figura del silencio administrativo o la existencia de un acto ficto presunto negativo en el evento que exista respuesta por parte de esas entidades territoriales respecto de esas solicitudes.

INCLUSIÓN PLAN NACIONAL DE DESARROLLO (ART 57)

Con la expedición 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”**; norma que cobra vigencia desde el pasado 26 de mayo de 2019; La Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG; implementa como elemento nuevo e integrador de la línea de defensa judicial en los procesos en los que se pretenda el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías el artículo 57 del mencionado plan.

ASÍ LAS COSAS SE EVIDENCIA QUE LA ENTIDAD TERRITORIAL EXPIDIÓ EL ACTO ADMINISTRATIVO DE RECONOCIMIENTO DE LAS CESANTÍAS CON POSTERIORIDAD AL TÉRMINO ESTABLECIDO PARA TAL FIN EVIDENCIÁNDOSE UNA CLARA RESPONSABILIDAD POR LA MORA CAUSADA EN EL PRESENTE PROCESO, TAN ES ASÍ QUE LA LEY 1955 DE 2019 EN SU ARTÍCULO 57 INDICA:

El artículo 57, contiene varios elementos favorables a la defensa judicial ejercida por esta unidad:

“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 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. (subrayado fuera de texto)

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, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.”.

Por tanto, solicito que en el evento que llegase a imponerse condena sobre sanción por mora en la entidad que represento en sede judicial, esta sea con cargo a los Títulos de Tesorería emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo a lo plasmado en el parágrafo transitorio del mencionado Plan Nacional de Desarrollo, ya que la mora eventualmente se causó antes del mes de diciembre del año 2019.

1. EXCEPCIONES PREVIAS

➤ Ineptitud sustancial de la demanda por no cumplir con el artículo 161 CPACA. NO SE DEMOSTRÓ LA OCURRENCIA DEL ACTO FICTO

El Consejo de Estado ha definido la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, ante el incumplimiento de alguno de los requisitos procesales de la demanda en los siguientes términos:

De igual forma, sobre la figura de «ineptitud sustantiva de la demanda» se han hecho consideraciones puntuales respecto su aplicación y procedencia, las cuales se citan a continuación:

«De tiempo atrás, en múltiples providencias judiciales al igual que en la que es objeto de estudio, se ha hecho alusión a la figura de la “ineptitud sustantiva o sustancial de la demanda” como una excepción previa y/o causal de rechazo de demanda, incluso de fallos inhibitorios, lo cual -a criterio de esta Sala- constituye actualmente una imprecisión que debe ser superada.

[...]

De lo anterior se advierte que la denominación “ineptitud sustantiva o sustantiva” ha tomado diferentes formas, sin embargo, técnicamente ha de señalarse que en la actualidad sólo es viable declarar próspera la que denomina la ley como “inepta demanda por falta de cualquiera de los requisitos formales o por la indebida acumulación de pretensiones”, en las cuales encuadran parte de los supuestos en que se basaba la denominada “ineptitud sustantiva o sustantiva”.

b.- Actual regulación procesal sobre la materia

Como se verá a continuación, en la actualidad existen diversos mecanismos procesales a efectos de afrontar las diferentes falencias de orden procesal o sustancial que pueden presentarse en la demanda, a saber.

i- Supuestos que configuran excepciones previas.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Esta se configura por dos razones:

a) Por falta de los requisitos formales. En este caso prospera la excepción cuando no se reúnen los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda regulados en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA., en cuanto indican qué debe contener el texto de la misma, cómo se individualizan las pretensiones y los anexos que se deben allegar con ella (salvo los previstos en los ordinales 3. y 4. del artículo 166 ib.25 que tienen una excepción propia prevista en el ordinal 6. del artículo 100 del CGP26).

Pese a ello, hay que advertir que estos requisitos pueden ser subsanados al momento de la reforma de la demanda (Art. 173 del CPACA en concordancia con el ordinal 3. del artículo 101 del CGP), o dentro del término de traslado de la excepción respectiva, al tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 175 del CPACA y 101 ordinal 1. del CGP.

b) Por indebida acumulación de pretensiones. Esta modalidad surge por la inobservancia de los presupuestos normativos contenidos en los artículos 138 y 165 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.»

En resumen, de conformidad con los parámetros normativos de la Ley 1564 de 2012 (CGP) y el CPACA, la excepción de «ineptitud sustantiva de la demanda» se configura solamente por (i) la falta de requisitos formales de la demanda o (ii) la indebida acumulación de pretensiones; en consecuencia, aquellas falencias procesales diferentes de las antes enunciadas encontrarán solución en otros mecanismos jurídicos (sean estos: otros medios exceptivos o saneamientos en otras etapas procesales)

CASO CONCRETO

Inepta demanda por no demostrar la ocurrencia del acto ficto alegado.

El artículo 166 de la Ley 1147 de 2011 señaló que toda demanda deberá tener como anexo la prueba del acto ficto que se pretende alegar.

“ARTÍCULO 166. ANEXOS DE LA DEMANDA. A la demanda deberá acompañarse:

1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación.”

En el presente caso, se solicita se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado por la supuesta falta de respuesta a la solicitud presentada el 24-07-2019 para el reconocimiento de sanción moratoria por el supuesto pago no oportuno de la resolución No.5372 de 21-06-2018, no obstante se incumplió con el ya mencionado requisito al no presentar prueba que evidenciara que la administración no dio respuesta en el término correspondiente (3 meses según el artículo 83 de la Ley 1147 de 2011). Para ello, el accionante debió pedir mediante un derecho de petición dirigido a la administración, un informe sobre la respuesta a la solicitud

de revocatoria del acto administrativo que se pretende controvertir en el presente como lo es la respuesta de un derecho de petición en la que la administración le informe si efectivamente se le dio respuesta a la solicitud de revocatoria del acto administrativo.

En el presente caso, al no haberse cumplido con dicho requisito, no existe certeza sobre si se configuró el acto ficto que se alega, por lo que no se cumple con el requisito señalado en el artículo 166 de la ley 1147 de 2011.

Conforme a lo anterior, se observa que el acto de reconocimiento de las cesantías fue proferido de forma extemporánea, pues como la solicitud de cesantías se realizó en vigencia del CPACA el término para el pago era de 70 días hábiles, y conforme a la regla establecida en la sentencia de unificación dicho término se cuenta a partir de la petición así: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 10 días de ejecutoria y 45 días para el pago de las cesantías.

Por otra parte, la Resolución No. 5372 de reconocimiento y pago de las cesantías fue emitida el 21-06-2018, cuando el ente territorial ya había sobrepasado el límite de tiempo otorgado por la Ley, sin dejarle a mi representada el término prudente y establecido por ley para el correspondiente trámite administrativo y así poder realizar el pago oportuno; situación que a la luz del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, la responsabilidad recae en cabeza de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá siendo necesaria su condena en la sentencia que ponga fin al litigio.

Asimismo, se pone de presente que el pago de las cesantías se realizó el día 03-09-2018, poniendo a disposición del aquí demandante los dineros ante la entidad financiera para que este los reclame, como es sabido el pago no es otra cosa que poner a disposición el dinero para ser reclamado por la parte demandante y otra cosa distinta es el reclamo del dinero ante la oficina bancaria.

DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA:

Tal como se explicó en los primeros incisos de la presente contestación, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica y administrado por entidad fiduciaria FIDUPREVISORA, ahora bien, para establecer si la sanción moratoria debe ser asumida por la entidad fiduciaria con cargo a dicho fondo debemos tener en cuenta: i. Naturaleza jurídica y finalidades del “FOMAG”, ii. Fuente de las obligaciones de la FIDUPREVISORA en ejecución del contrato de fiducia mercantil, iii. Naturaleza jurídica y finalidades de la sanción moratoria.

En primer lugar, la naturaleza jurídica –como bien ya se explicó– se encuentra determinada como patrimonio autónomo y descrita desde su misma génesis –Ley 91 de 1989– como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica; la cual es administrada por la FIDUPREVISORA bajo los parámetros del contrato de fiducia mercantil, desde su inicio fue creado con los siguientes objetivos :

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Una vez vistos la naturaleza jurídica del “FOMAG”, y así mismo, sus objetivos o finalidades con las cuales fue creado, vemos pues que la obligación por naturaleza propia es atender las prestaciones sociales del personal afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente “provee” los recursos y la fiduciaria administra pero quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado.

En cuanto a la administración de los recursos por parte de la entidad fiduciaria las obligaciones de esta tienen dos fuentes a saber: la ley, y el acuerdo de voluntades.

Primordialmente la ley consagra las reglas del contrato de fiducia a partir del artículo 1226 del código de comercio en el cual se establecen entre otras las diferentes obligaciones de la fiduciaria, sin embargo, es hasta el artículo 1232 que se puntualizan las obligaciones de la misma estableciendo que:

“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: (...) 4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; (...).”

Por su parte, el mentado contrato de fiducia mercantil establece como obligaciones de la fiduciaria:

“(…) obligaciones relacionadas con los pagos que deben efectuarse con cargo al fondo.
Los pagos que corresponden al fondo son;

C. Cesantías definitivas y cesantías definitivas a beneficiarios.

d. Cesantías parciales de acuerdo con lo establecido en la ley y las prioridades señaladas por el Consejo Directivo.”

Podemos ver que en síntesis los fines del fondo son pagar las prestaciones de los afiliados entre otros, y las obligaciones de la Fiduprevisora son cumplir los fines del fondo, administrar los recursos y cumplir con las obligaciones de orden legal y contractual del contrato de fiducia.

2. EXCEPCIONES DE MÉRITO

➤ CULPA 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 por parte de la entidad territorial, al evidenciarse la clara inobservancia en los términos con los que contaba para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas.

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

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 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.” (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 debiéndose 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 inaplicará 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 expedir el acto administrativo al no haber sido proferido dentro del término de los quince (15) días posteriores a la radicación de la solicitud, 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.

➤ **IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA**

Traigo a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 73001233300020140058001 (496115), Jul. 18/18 mediante la cual dispuso señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

De acuerdo a lo anterior, indica que por no tratarse la sanción moratoria de un derecho laboral si no 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 al valor presente, pues se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo y menos remunerado.

Igualmente esto encuentra argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria en el régimen anualizado previsto en la ley 50 de 1990.

Finalmente, solicito de manera respetuosa que de existir una condena contra la Nación, el Ministerio de Educación, al Fomag y a Fiduprevisora S.A. al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos aquí señalados para exonerar de costas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso.

➤ **IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE SANCIÓN MORATORIA POR SER BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS**

Tal y como ha dispuesto el H. Tribunal Administrativo de Boyacá a través de sus pronunciamientos judiciales, a saber, Sentencia del 29 de abril de 2019, proferida dentro del radicado No. 15001233300020170016400, con ponencia del Magistrado OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO:

“De lo anterior, se observa que actualmente no hay duda de que el personal docente puede tener derecho a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías en aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues pertenecen a la categoría de servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que al ser considerados servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, no solo les es aplicable la interpretación que sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías realiza el Consejo de Estado en la sentencia de unificación anteriormente transcrita - según la cual tienen derecho al reconocimiento y pago de tal sanción en aplicación las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006-; sino que también les es aplicable toda aquella interpretación que sobre las normas que regulan el tema ha efectuado la citada Corporación.

Así las cosas, se encuentra que además de observar la condición de servidor público para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el Consejo de Estado también verifica el tipo de régimen de cesantía de quien pretende dicho reconocimiento, pues realizado el estudio de las normas que contemplan tales regímenes ha determinado que la sanción moratoria únicamente ha sido consagrada para aquellos que tienen derecho al régimen de cesantías anualizadas y no a quienes son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas (...).
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Todo lo anterior permite arribar a la conclusión que para el caso concreto, resulta improcedente la el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria que se pretende, ello si se considera que la normas que contemplan tal sanción, resultan ser inaplicables al actor, si se considera que pertenece al Régimen Retroactivo de Cesantías, que de suyo le excluye del marco de aplicación de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Lo anterior si además se considera que dicha postura se encuentra soportada por los pronunciamientos del H. Consejo de Estado, v. gr. Sentencias proferidas dentro de los radicados 08001-23-31-000-2011-00638-

01(2873-15), 27001-23-33-000-2014-00162-01(4469-15) y 08001-23-33-000-2013-00786-01(0328-16), por medio de las cuales se arribó a la conclusión antes expuesta, y se determinó a través de la *ratio decidendi* de los referidos pronunciamientos judiciales, la improcedencia del reconocimiento, liquidación y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías a aquellos beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías.

Desde ya se advierte que, si bien es cierto en algunas de las providencias se hace referencia a la sanción por mora en el pago de las cesantías contenida en la Ley 50 de 1990, no es menos cierto que de las mismas se extrae una regla de interpretación aplicable al caso concreto, en tanto, constituyen parámetro para resolver el fondo del asunto, a la luz de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

➤ **CONDENA CON CARGO A TÍTULOS DE TESORERÍA DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**

Ante el poco probable evento en que se profiera condena en contra de la entidad que represento, y sin que ello constituya aceptación alguna por parte del suscrito apoderado judicial de la entidad demandada, se solicita al Despacho se sirva indicar en la sentencia que ponga fin al litigio, que la eventual condena deberá ser pagada con cargo a los Títulos de Tesorería que emita el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el cual en su literalidad dispone:

“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, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Ello si además en lectura transversal se considera que, el inciso final del artículo en cita, dispuso en su literalidad que:

“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”.

El anterior argumento además se refuerza, si se tiene que, conforme dispone el artículo 336 de la norma en referencia:

“La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Los artículos de las Leyes 812 de 2003, 1151 de 2007, 1450 de 2011, y 1753 de 2015 no derogados expresamente en el siguiente inciso o por otras leyes continuarán vigentes hasta que sean derogados o modificados por norma posterior”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Todo lo anterior supone que, la aplicación de la norma resulta ser de obligatorio acatamiento en tanto se encuentra vigente, y resulta aplicable al asunto que convoca la atención dentro del medio de control promovido por la parte demandante, razones más que suficientes para declarar la prosperidad de la excepción en

el evento en que se profiera decisión de fondo adversa a los intereses de la entidad que represento en sede judicial.

➤ **ESTUDIO DE SITUACIONES QUE AMERITAN ABSTENERSE DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS**

Señor Juez, en el presente caso no procede la condena en costas teniendo en cuenta que El artículo 365 del Código General del Proceso establece que las costas deben ser debidamente demostradas

Art. 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

Es así, como el artículo citado previamente remite de manera expresa al Estatuto Procesal que será aplicable, el cual corresponde a la Ley 1564 de 2012.

Código General del Proceso.

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. [...]*(Negrita y subrayado fuera de texto)*

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 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

La condena en costas no es objetiva, se debe desvirtuar la buena fe de la entidad

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.

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 costas¹¹, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² 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.

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.

Por lo tanto se solicita con el acostumbrado respeto NO CONDENAR en costas a la entidad demandada.

➤ **DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA:**

Tal como se explicó en los primeros incisos de la presente contestación, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica y administrado por entidad fiduciaria FIDUPREVISORA, ahora bien, para establecer si la sanción moratoria debe ser asumida por la entidad fiduciaria con cargo a dicho fondo debemos tener en cuenta: **i.** Naturaleza jurídica y finalidades del “FOMAG”, **ii.** Fuente de las obligaciones de la FIDUPREVISORA en ejecución del contrato de fiducia mercantil, **iii.** Naturaleza jurídica y finalidades de la sanción moratoria.

En primer lugar, la naturaleza jurídica –como bien ya se explicó– se encuentra determinada como patrimonio autónomo y descrita desde su misma génesis –Ley 91 de 1989– como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica; la cual es administrada por la FIDUPREVISORA bajo los parámetros del contrato de fiducia mercantil, desde su inicio fue creado con los siguientes objetivos⁷⁶:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Una vez vistos la naturaleza jurídica del “FOMAG”, y así mismo, sus objetivos o finalidades con las cuales fue creado, vemos pues que la obligación por naturaleza propia es atender las prestaciones sociales del personal

⁷⁶ Ley 91 de 1989, Artículo 5.

afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente “provee” los recursos y la fiduciaria administra pero quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado.

En cuanto a la administración de los recursos por parte de la entidad fiduciaria las obligaciones de esta tienen dos fuentes a saber: la ley, y el acuerdo de voluntades.

Primordialmente la ley consagra las reglas del contrato de fiducia a partir del artículo 1226 del código de comercio en el cual se establecen entre otras las diferentes obligaciones de la fiduciaria, sin embargo, es hasta el artículo 1232 que se puntualizan las obligaciones de la misma estableciendo que:

*“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: (...) **4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; (...).**”*

Por su parte, el mentado contrato de fiducia mercantil establece como obligaciones de la fiduciaria:

“(...) obligaciones relacionadas con los pagos que deben efectuarse con cargo al fondo. Los pagos que corresponden al fondo son;

c. Cesantías definitivas y cesantías definitivas a beneficiarios.

d. Cesantías parciales de acuerdo con lo establecido en la ley y las prioridades señaladas por el Consejo Directivo.”⁷⁷

Podemos ver que en síntesis los fines del fondo son pagar las prestaciones de los afiliados entre otros, y las obligaciones de la Fiduprevisora son cumplir los fines del fondo, administrar los recursos y cumplir con las obligaciones de orden legal y contractual del contrato de fiducia.

Finalmente, vamos a plantear la finalidad y naturaleza de la sanción moratoria en los siguientes términos:

La sanción moratoria por no pago de cesantías, ostenta la misma génesis y finalidad que cualquier tipo de sanción en derecho laboral, se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye infracción de una norma jurídica, ahora bien, en nuestro caso, la sanción se produce por la conducta de la mora —es decir el retardo— en el pago de las cesantías, ese retardo debe obedecer a violentar los términos dados por la ley y ya suficientemente decantados por la jurisprudencia, luego, la consecuencia, por demás negativa por dicha conducta, obedece no a un premio al trabajador sino a un castigo a quien ocasionó dicho retardo por su negligencia o falta de observancia de los términos legales.

Explicado lo inmediatamente anterior, la pregunta es: ¿quién es el causante de la demora que legitima la sanción que pretende el hoy demandante?, ya vimos el papel que juega el fondo de prestaciones sociales del magisterio y de igual forma las finalidades del contrato de fiducia y las obligaciones de la entidad fiduciaria y no podemos admitir que se castigue la negligencia que quien no provocó la sanción.

Sobre el particular cabe señalar que así lo observa la misma norma debido a que dentro del proceso que nos ocupa se establece el procedimiento para dicho pago, y cabe acotar que la carga de autorizar y proporcionar los medios para generar el pago le corresponde al ente territorial:

⁷⁷ Clausula segunda numeral quinto del otro si del 22 de junio de 2017.

“Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

Artículo 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 Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.**

Dentro del 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, luego es allí, en el ente territorial y no por parte del administrador del FOMAG en donde se origina, donde nace la mora, y debe ser por la finalidad de la figura, allí donde recaigan sus efectos y no sobre quien simplemente efectúa los pagos.**

Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

Artículo 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 Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.**

Dentro del 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.⁷⁸”

Por todo lo anteriormente expuesto y desglosado, y vistos los elementos relacionados con el contrato de fiducia, la finalidad del FOMAG, las obligaciones especiales de la fiduciaria, la naturaleza y finalidades de la sanción, así como el hecho de determinar quién es el causante del acaecimiento de la mora, es preciso advertir que no es la Fiduprevisora “CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FOMAG”, la llamada a soportar la carga o el castigo de una mora que esta no generó y que peor aún, no tiene la posibilidad real de evitar

Desde ya se advierte que, si bien es cierto en algunas de las providencias se hace referencia a la sanción por mora en el pago de las cesantías contenida en la Ley 50 de 1990, no es menos cierto que de las mismas se extrae una regla de interpretación aplicable al caso concreto, en tanto, constituyen parámetro para resolver el fondo del asunto, a la luz de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

➤ **EXCEPCIÓN GENÉRICA**

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.

⁷⁸ Decreto 1272 de 2018 «Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación-, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones».

PRUEBAS

De la manera más respetuosa solicitamos al despacho que se decrete la práctica de las siguientes pruebas:

Oficiar a la entidad territorial para que allegué al expediente copia del trámite administrativo dado al derecho de petición radicado en las oficinas de dicha entidad, dado que es esta la única competente para informar el trámite impartido.

VII. ANEXOS

Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.

VIII. NOTIFICACIONES

- Y el suscrito apoderado, las recibiré en la secretaria de su despacho o en Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y t_dbarreto@fiduprevisora.com.co

Atentamente;

Del señor Juez.



DIEGO STIVENS BARRETO BEJARANO
C.C 1.032.362.658 de Bogotá
T.P 294653 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.