

Señor.

JUZGADO 007 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE: CLAUDIA LILIANA CALIXTO ALVAREZ
DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -
**FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y OTRO**
RADICADO: 11001333500720230041800

Ref.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

HEIDY LORENA RIVEROS CRUZ abogada en ejercicio, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.023.969.326 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional No. 371.001 del C.S.J actuando en calidad de apoderada sustituta de la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme consta en el memorial poder de sustitución suscrito por la doctora MILENA LYLYAN RODRIGUEZ CHARRIS, conforme consta en el memorial poder adjunto; por medio del presente documento me permito presentar contestación de la Demanda dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

I. A LOS HECHOS

PRIMERO: Es cierto.

SEGUNDO: NO ES CIERTO; la demandante presentó la solicitud de cesantías el 27 de enero de 2023.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO

RESOLUCION No. BOG202300822

Por la cual se reconoce y ordena el pago de Cesantía Definitiva

EL (LA) DIRECTOR DE TALENTO HUMANO DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO, con fundamento en la delegación conferida por la Secretaría de Educación del Distrito, a través de la Resolución 1588 de fecha 10 de junio de 2019, que modifica la Resolución 513 de fecha 16 de marzo de 2016, y en desarrollo de las facultades legales atribuidas a las entidades territoriales, en especial por el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en materia de cesantías a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, decreto 942 del 01 de junio de 2022 y

CONSIDERANDO

Que el artículo 57° de la Ley 1955 de 2019, para regular la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinó un nuevo procedimiento para el reconocimiento de las cesantías estableciendo que "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".

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley 489 de 1998, la Secretaría de Educación del Distrito, mediante Resolución 1588 de fecha 10 de junio de 2019, que modifica la Resolución 513 de fecha 16 de marzo de 2016, delegó en el Director de Talento Humano, de la Subsecretaría de Gestión Institucional o quien haga sus veces, la elaboración y suscripción de los actos administrativos de reconocimiento de cesantías parciales y definitivas de Docentes y Directivos Docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los términos del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019".

Que mediante solicitud radicada bajo el No. **BOGOT20230127CN20001885 de fecha 27 de Enero de 2023**, el (la) docente **CALIXTO ALVAREZ CLAUDIA LILIANA** identificado (a) con la C.C. No. **52,153,394**, solicita el

TERCERO: Es cierto, Las cesantías fueron reconocidas mediante la resolución N° BOG202300822 del 15 de febrero de 2023.

CUARTO: Es cierto, la Fiduprevisora como vocera y administradora de los recursos del FOMAG, puso a disposición el dinero el 02 de marzo de 2023.

QUINTO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno

SEXTO: Con respecto a este hecho, me permito manifestarle su señoría lo siguiente:

Fecha solicitud cesantías: 27 de enero de 2023

Fecha expedición del acto administrativo N° BOG202300822: 15 de febrero de 2023.

Fecha notificación del acto administrativo: 16 de febrero de 2023

Fecha de recibido del acto administrativo para pago: 20 de febrero de 2023

Fecha de pago: 02 de marzo de 2023.

Dentro la prueba obrante en plenario se tiene que, desde el 02 de marzo de 2023, el pago de las cesantías estuvo a disposición de la demandante, lo que significa que FIDUPREVISORA efectuó el pago de las cesantías dentro de los plazos establecidos en la Ley 1071 de 2006, esto es, sin incurrir en mora.

Por lo anterior considerando de acuerdo con la fecha de pago de las cesantías reconocidas se realizó de forma oportuna el 02 de marzo de 2023, lo que nos lleva a concluir que no se incurrió en mora por parte de la Fiduprevisora, entidad encargada de la administración de los recurso del FOMAG, **pues el pago de realizó dentro de los 45 días contados a partir de la fecha en que se recibe el acto administrativo.**

SEPTIMO: No me consta.

OCTAVO: No me consta.

NOVENO: No me consta.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES

DECLARACIONES Y CONDENAS: Me pronuncio de manera conjunta en cada una de las pretensiones:

DECLARACIONES

PRIMERA: Me opongo a que se declare la nulidad del acto que se pretende, por cuanto la negativa de la entidad se encuentra ajustada a derecho, aunado a que no es procedente que la NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO sea condenada al pago de la sanción moratoria en favor de la parte actora, toda vez que no es la entidad responsable de la sanción mora de conformidad con el art. 57 de la Ley 1955 de 2019.

SEGUNDA: Me opongo a que se declare la nulidad del acto que se pretende, por cuanto la negativa de la entidad se encuentra ajustada a derecho, aunado a que no es procedente que la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO sea condenada al pago de la sanción moratoria en favor de la parte actora, toda vez que no es la entidad responsable de la sanción mora de conformidad con el art. 57 de la Ley 1955 de 2019.

CONDENAS

PRIMERA: Me opongo, en vista de que ante la inoperancia de la nulidad del acto administrativo que se solicitó en el numeral anterior, deviene en improcedente el reconocimiento y pago de la mentada sanción por mora por parte de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, aunado al hecho de que no existe acto administrativo o sentencia judicial que ordene el pago por dicho concepto. No obstante lo anterior, se evidencia que la pretensión se fórmula de forma indeterminada.

SEGUNDA: Me opongo, en vista de que ante la inoperancia de la nulidad del acto administrativo que se solicitó en el numeral anterior, deviene en improcedente el dar cumplimiento a fallo de la mentada sanción por mora por parte de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, aunado al hecho de que no existe acto administrativo o sentencia judicial que ordene el pago por dicho concepto. No obstante lo anterior, se evidencia que la pretensión se fórmula de forma indeterminada.

TERCERA: Me opongo, en vista de que ante la inoperancia de la nulidad del acto administrativo que se solicitó en el numeral anterior, deviene en improcedente el reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la mentada sanción por mora por parte de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, aunado al hecho de que no existe acto administrativo o sentencia judicial que ordene el pago por dicho concepto. No obstante lo anterior, se evidencia que la pretensión se fórmula de forma indeterminada.

CUARTA: Me opongo, en vista de que ante la inoperancia de la nulidad del acto administrativo que se solicitó en el numeral anterior, deviene en improcedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorias de la mentada sanción por mora por parte de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, aunado al hecho de que no existe acto administrativo o sentencia judicial que ordene el pago por dicho concepto. No obstante lo anterior, se evidencia que la pretensión se fórmula de forma indeterminada.

QUINTA: 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.

III. 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 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 que, 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 término 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, 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.

En tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas hasta el 31 de diciembre de 2019; en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria, corre a cargo del FOMAG, a pesar que la mora haya sido causada por la Entidad Territorial.

Situación diferente acontece en tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas desde el 01 de enero de 2020 pues, en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria corre a cargo del ENTE TERRITORIAL, por expresa disposición legal, como se argumentará en la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario por pasivo.

En el caso sub judice, nos hallamos frente a una sanción moratoria causada exclusivamente en el año 2020. Pues ha de observarse que en caso de existir sanción por mora, el responsable del pago sería **EL ENTE TERRITORIAL, SECRETARÍA EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA por expreso mandato del canon 57 de la Ley 1955 de 2019.**

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 01 de enero de 2020, en caso de declararse la Nulidad de Actos Administrativos solicitados.

Descendiendo al caso sub iudice, tenemos que la demandante:

Fecha solicitud cesantías: 27 de enero de 2023

Fecha expedición del acto administrativo N° BOG202300822: 15 de febrero de 2023.

Fecha notificación del acto administrativo: 16 de febrero de 2023

Fecha de recibido del acto administrativo para pago: 20 de febrero de 2023

Fecha de pago: 02 de marzo de 2023.

Dentro la prueba obrante en plenario se tiene que, desde el 02 de marzo de 2023, el pago de las cesantías estuvo a disposición de la demandante, lo que significa que FIDUPREVISORA efectuó el pago de las cesantías dentro de los plazos establecidos en la Ley 1071 de 2006, esto es, sin incurrir en mora.

Por lo anterior considerando de acuerdo con la fecha de pago de las cesantías reconocidas se realizó de forma oportuna el 02 de marzo de 2023, lo que nos lleva a concluir que no se incurrió en mora por parte de la Fiduprevisora, entidad encargada de la administración de los recursos del FOMAG, **pues el pago se realizó dentro de los 45 días contados a partir de la fecha en que se recibe el acto administrativo.**

Ha de tenerse presente que son tres los principales actos que debe desplegar el ente territorial en el trámite y reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas. El primero es la emisión del acto administrativo de reconocimiento prestacional, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la petición. El segundo la notificación del acto administrativo una vez emitido el acto administrativo. Y el tercero es la remisión de la resolución ejecutoriada al fomag para su respectivo pago.

Este último acto mencionado, es de vertebral importancia porque solo a partir del recibo oportuno del acto ejecutoriado, la Fiduprevisora puede proceder a pagar dentro de términos la prestación docente. Oficiosamente la Fiduprevisora no realiza dicha acción.

IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO.

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO - RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL.

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

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

En vista de que el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, esto es, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

De lo expuesto se determina que: 1) El reconocimiento de las cesantías, parcial o definitivo, se encuentra a cargo de la Secretaria de Educación del Ente Territorial. 2) el estudio y pago de las cesantías está a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y 3) si alguna de las dos entidades no cumple con los términos establecidos se genera la sanción mora, razón por la cual son responsables del pago.

Al respecto el Consejo de Estado, ha expresado:

“El litisconsorcio se presenta cuando uno o los dos extremos de la relación jurídico procesal está integrado por varios sujetos de derecho y puede ser facultativo, cuasinecesario o necesario... El litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al

proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente. El elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial material del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. El litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, defina expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos”¹.

PAGO DE LAS CESANTIAS SE ENTIENDE SATISFECHO EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL ABONO EN LA CUENTA, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOMENTO EN QUE ESTE EL VALOR SE RETIRE POR EL TITULAR DEL DERECHO

Tal como lo acaba de reiterar la Sección Segunda, en sentencia del 22 de julio de 2021, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del Expediente: 05001-23-33-000-2017-02996-01 (659-2020) de ALEJANDRO VÉLEZ MARÍN vs NACION MEN FOMAG, la contabilización de la mora debe realizarse, hasta el momento en que la Entidad realiza el pago; puesto que el pago extingue la obligación, mas no, hasta el momento en que el titular del derecho retira las sumas dinerarias de su cuenta bancaria. Así lo explicó en su jurisprudencia.

De manera previa al análisis de las anteriores fechas, cabe destacar que, de conformidad con el desarrollo realizado en el marco jurídico sobre la sanción moratoria por el pago tardío o falta de cancelación de las cesantías definitivas o parciales, no hay duda de que según el artículo 5 (parágrafo) de la Ley 1071 de 2006, su contabilización será «hasta que se haga efectivo el pago», situación que debe revisarse de acuerdo con las aristas que puedan presentarse, puesto que debe no solo analizarse cuándo se sufragó la prestación, sino también el momento desde que estuvo disponible para su cobro, por cuanto puede acontecer que el particular deje transcurrir tiempo intencionalmente si sabe que con ello la sanción moratoria se incrementaría.

Dicha línea de pensamiento, fue acogida por el Honorable Tribunal Administrativo del Cesar, tal como se detalla en sentencia del pasado 26 de agosto de 2021, dentro del Expediente 20001-33-33-005-2019-00210-01 de KRISSELL LORENA LEÓN SÁNCHEZ vs NACION MEN FOMAG. En la mentada providencia, ese Cuerpo Colegiado, sentenció:

El deber de la Entidad se entiende satisfecho en el momento en que se produce el abono en la cuenta, independientemente del momento en que esta el valor se retire por el titular del derecho; de allí que pretender que el periodo de mora se extienda hasta el momento en que la persona retira la suma reconocida, conlleva desconocer la oportunidad en que reamente se hizo el pago.

En consecuencia, esta Corporación no acoge el planteamiento expuesto por el recurrente, en el sentido de tomar como fecha de consignación de la prestación social solicitada por la demandante, el día en que se retiró el dinero, ya que desde octubre de 2016 se pusieron a disposición de la docente

KRISSELL LORENA LEÓN SÁNCHEZ los recursos respectivos, sin que fueran reclamados, por lo que se reprogramó dicho pago.

La jurisprudencia reseñada, explica entonces que, la fecha hasta la cual debe contabilizarse la sanción moratoria causada en el pago extemporáneo de las cesantías docentes parciales o definitivas, debe ser aquella en la cual la Entidad consignó el valor de la obligación en la cuenta del titular (fecha de puesta a disposición) y no la fecha en que son retirados por el titular, pues en ocasiones, no son reclamados por este, por lo que dicho pago es reprogramado; pero, se reitera, el pago extingue la obligación.

Por lo expuesto, solicito al Fallador, tener acreditada como fecha de pago de las cesantías del demandante, el día 02 de marzo de 2023, declarando la prosperidad de la presente excepción.

DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE MORATORIA, CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019, DEBE OPERAR LA DESVINCULACIÓN DEL PROCESO DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO,

Opongo la excepción de mérito mencionada, la cual halla sustento de la siguiente forma:

Teniendo presente las previsiones que en la materia estipula la Ley 1071 de 2006, en armonía con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, a través de FIDUPREVISORA S.A, adoptó como política interna, el pago de la sanción moratoria derivado del reconocimiento tardío de las cesantías parciales o definidas docentes, con corte al 31 de diciembre de 2019.

Lo anterior se explica, con ocasión a la asignación de recursos TES para financiar este tipo de sanciones, según se desprende el Parágrafo Transitorio del Artículo 57 de la mentada Ley 1955 de 2019.

A su vez, la fecha limitante del 31 de diciembre de 2019, para el pago de estas sanciones moratorias, halla fundamento jurídico en el inciso final del citado Artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el cual PROHIBE el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En razón a lo anterior, tal como lo acredita probatoriamente el demandante, y tal como fue diagramado líneas arriba, la sanción mora aquí debatida, se causó exclusivamente en el año 2020.

Entonces, fácticamente no existe obligación que deba cancelar mis representadas, al hoy demandante.

Como consecuencia directa de lo relatado, debe proceder la **DESVINCULACIÓN DEL PROCESO DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE MORATORIA, CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019.**

Obsérvese los presupuestos fácticos mediante los cuales fueron convocadas a la presente Litis, LA NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA S.A., ~~no existen en el plano fenomenológico.~~

Detállese que mis representadas fueron convocadas, con ocasión a la exigencia de pago de la sanción moratoria generada por la cancelación tardía de las cesantías que le fueron reconocidas a la accionante, mediante Resolución N° BOG202300822 del 15 de febrero de 2023.

Tal como en forma solvente he analizado y explicado las normas sustantivas y adjetivas que subsument la presente Litis, y en concordancia con la fundamentación efectuada en la formulación de las anteriores excepciones, redundando en claridad que mis poderdantes, deben ser desvinculadas del presente proceso, por cuanto no se causó ni siquiera un día de mora, con corte a 31 de diciembre de 2019. Contrario a ello, la totalidad de la presunta tardanza, se generó en el año 2020. (Art 57 ley 1955 de 2019).

Es que, si la mora no fue causada en el año 2019, no se yergue motivo alguno para mantenerlas atadas a una Litis donde se halla probado con solvencia, y con medios probatorios de contundente valor suasorio, que la moratoria se estructuró en el año 2020, y que por mandato legal, le asiste la responsabilidad de pago al Ente Territorial, en el evento de declararse la Nulidad de los Actos atacados.

Al no existir prestación que adeuden las Entidades que represento, al demandante, solicito al Juez de la causa, hallar acreditada la presente excepción, y declarar la desvinculación de estos Entes, del presente proceso; pues la carga recae sobre el Ente territorial.

INEXISTENCIA ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN EN CABEZA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, Y A FAVOR DEL DEMANDANTE.

AUSENCIA ACTUAL DE OBJETO LITIGIOSO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, POR PAGO DE LA OBLIGACION.

COBRO DE LO NO DEBIDO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, PORQUE LA MORATORIA SE GENERÓ EN 2020.

Opongo las excepciones conjuntas de INEXISTENCIA ACTUAL DE LA OBLIGACION, AUSENCIA DE OBJETO LITIGIOSO, y COBRO DE LO NO DEBIO FRENTE A LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, las cuales halla sustento de la siguiente forma:

Una vez realizado el cómputo de la moratoria solicitada por la demandante, es evidente que esta se causó en el año 2020; y como se ha señalado, la responsabilidad del FOMAG en el pago de sanción moratoria, se extiende únicamente al 31 de diciembre de 2019, por expresa disposición legal. Derivado de lo expuesto, surge la inexistencia de la obligación frente a las Entidades que represento, por falta de causación de la mora en el año 2019.

El presente proceso adolece actualmente de objeto litigioso, respecto a las Entidades que represento, por cuanto, se reitera, la moratoria se abre paso exclusivamente en vigencia de la anualidad 2020.

Se estructura el cobro de lo debido en el presente caso, toda vez que, como se reitera, el pago de obligación que habría de corresponderle a mis representadas, jamás se causó en la realidad fáctica.

Por lo expuesto, solicito al Señor juez, hallar acreditada las presentes excepciones, y proceder a su declaratoria, con las consecuencias benéficas a las Entidades que apodero.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y 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 – FIDUPREVISORA S.A, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, no es responsable del pago de la misma, por cuanto la moratoria se generó en vigencia del año 2020, periodo que debe ser asumido por el EL ENTE TERRITORIAL Es decir, 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, sería responsable del pago, EL ENTE TERRITORIAL respectivo

En ese orden de ideas, en el evento en que se declare la nulidad de los Actos Administrativos solicitados, LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, se halla exenta de pagar suma alguna; pero los días causados desde el 01 de enero de 2020, serían responsabilidad del ENTE TERRITIAL.

Por ende, no le asiste legitimación en la causa por pasiva parcial a las Entidades que represento, en el pago de condenas generadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2019.

Con base en lo anterior, manifiesto a su Honorable Despacho, que la parte accionante comete un yerro al determinar que es a LA NACION – MEN - FOMAG, a quienes le corresponde el pago de la sanción moratoria pretendida; ya que, como se reitera, por mandato expreso legal, la legitimada para asumir eventuales declaraciones y condenas respecto a esta situaciones 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.

LEGITIMACION EXCLUSIVA EN LA CAUSA POR PASIVA DEL ENTE TERRITORIAL, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS, DERIVADAS DE SANCION MORATORIA GENERADAS DESDE EL 01 DE ENERO DE 2020

En razón a que el demandante presenta demanda en contra de las ENTIDADES QUE REPRESENTO, y el ENTE TERRITORIAL, pretendiendo el pago de presunta moratoria en el pago tardío de cesantías, generada en vigencia del año 2020; al amparo de la Ley 1955 de 2019, al ENTE TERRITORIAL le asiste LEGITIMACION EN CAUSA POR PASIVA.

Ha de recordarse que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1955 de 2019, donde, en todos los casos, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO era el llamado a responder por el pago de la SANCION MORATORIA DE CESANTIAS PARCIALES O DEFINITIVAS DOCENTES, prevista en la Ley 1071 de 2006; y no prosperaba la excepción de FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO, cuando se solicitaba la vinculación del Ente Territorial; por cuanto, en concepto de la Judicatura, éste no actuaba independientemente en la emisión de la Resolución que concedía las cesantías; sino que, lo hacía a nombre del FOMAG, o por Delegatura del MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

En ese sentido, pese a que la moratoria la generara el ENTE TERRITORIAL, por incumplimiento en los plazos fijados para la emisión o recepción de los Actos Administrativos, siempre le era achacable la moratoria en el pago de las cesantías docentes, al FOMAG.

Sin embargo, la expedición de la mentada Ley 1955 de 2019, derogó el artículo 562 de la Ley 962 de 2005; y en su artículo 57, reguló lo relacionado con la 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.

Ahora bien, pese a que el Parágrafo del citado canon 57 de la Ley 1955 de 2019, pareciera dar a entender que el Ente Territorial debe cancelar la sanción mora, únicamente en los eventos en que la tardanza en los plazos de radicación o entrega de solicitudes, sean generados por éste; no es menos cierto que, dicho aparte normativo, hace parte integral del mismo artículo 57, y, por ende, debe soportar una interpretación armónica, con la ya pluricitada parte final del canon 57, el cual claramente expresa que **“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”.**

Con razón, para reforzar dicha interpretación, el Parágrafo Transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, señaló que “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, fáguese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas

Así las cosas, redundante en claridad la norma, al expresar que, el FOMAG asumirá el pago de sanción moratoria de cesantías, hasta el último día del último mes del año 2019; esto es, hasta el 31 de diciembre de 2019; empero, la moratoria generada a partir de dicha fecha, le será imputable exclusivamente al Ente Territorial respectivo.

Esta argumentación guarda total consonancia con lo establecido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, quien, en providencia del 26 de agosto de 2019, con Ponencia del Consejero William Hernández Gómez, determinó que la legitimación por pasiva en caso de sanción moratoria de cesantías docentes, causadas hasta el último día del año 2019, recae únicamente en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin desconocer los casos que se generen en vigencia de la Ley 1955 de 2019. Posición que igualmente fue adoptada por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia del 23 de agosto de 2019, proferida dentro del radicado 150013333003-2018-00047-01, con ponencia del Magistrado José Ascensión Fernández Osorio.

SANCION MORATORIA CAUSADA EN VIGENCIA DEL AÑO 2020 DEBE SER CANCELADA POR EL ENTE TERRITORIAL

Tal como ha sido expuesto con amplia solvencia, en los fundamentos y excepciones formulados contra la demanda; y, en concordancia con lo dispuesto en Artículo 57 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 extremo procesal legitimado, y que debe asumir el pago de la sanción mora generada en el año 2020, es el Distrito de Bogotá.

IV. COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA

Es necesario su señoría que se remita al párrafo 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, toda vez que en el caso concreto el pago de la sanción moratoria ES EXCLUSIVA de 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.

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, en el que se indica lo siguiente:

“El párrafo 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 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” estableció lo siguiente:

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.*

Parágrafo transitorio. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del 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 párrafo. (...) (Subrayado fuera del texto original).”

DE LA IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION Y/O ACTUALIZACION MONETARIA DE LA SANCION MORATORIA.

En este estadio no hace falta hacer mayor disertación sobre el tema debido a que lo relativo a la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada, por el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una Sentencia de Unificación⁴, preciso algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determino que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora. Indicó que esta última trata de una multa que se “consagro 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 el en citado pago”. Es decir se trata de una “sanción o penalidad” que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza. No se trata, entonces, de un derecho laboral:

“Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, mas no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ello, la capacidad para adquirir bienes y servicios a la que la ley disponga como su propósito.

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

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

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

No obstante, esta parte no desconoce que en la parte resolutive de dicha sentencia de unificación dispuso que:

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 en lo dispuesto del artículo 187 del CPACA. (Subrayado y negrilla fuera del texto) Sin embargo, de la lectura de la parte motiva de la referida providencia se encuentra que en el punto 190 de la misma, la referida Corporación dispuso:

"Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económica para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación". (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Todo lo anterior lleva a conducir la existencia de una falacia lógica en tanto la conclusión a la que se arriba en la referida providencia, no deriva de la premisa sobre la cual presuntamente se funda, siendo procedente acudir a los argumentos que fueron expuestos en la parte considerativa de la sentencia de unificación para concluir forzosamente la improcedencia de la indexación y/o ajuste de valor respecto de la sanción por mora en el pago de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006. Postura que fuere rectificadora y consolidada por el H. Consejo de Estado en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a saber, las proferidas dentro de los expedientes con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00767-01(0920-16) y, 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), en donde se aclaró que NO PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE INDEXACIÓN O ACTUALIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

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

Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...]" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

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

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, y en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad. El Despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que

siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

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

“En cuanto a las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda 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 todo lo expuesto se solicita a su H, despacho se declaren probadas las excepciones propuestas por tener vocación de prosperidad conforme la normatividad vigente.

PETICIONES

PRIMERO. Vincular a la FIDUPREVISORA S.A, toda vez que es participe en el presente caso, como quiera que es la encargada de realizar el pago de las prestaciones, además de ser responsable del pago de la sanción moratoria pretendida en los términos del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019

IV. PRUEBAS

DE OFICIO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del C.G. del P., solicito respetuosamente al Despacho requerir a la FIDUPREVISORA S.A, con el fin de que:

- La FIDUPREVISORA S.A certifique en qué fecha fue puesto en conocimiento el acto administrativo por medio de la que se reconoció la prestación, a fin de que se tenga en cuenta que solo a partir de la mencionada fecha fue posible efectuar el respectivo pago por parte de la Fiduprevisora S.A.

IV. ANEXOS.

1. Poder especial conferido a mi favor.
2. Escritura Pública.
3. Certificado de no antecedentes.
4. Trazabilidad trámite cesantías aplicativo Humano en línea

Por último, cabe anotar su señoría, que el expediente administrativo de la docente reposa es en la entidad territorial, y por ende el Distrito Bogotá es quien debe aportar tal documentación.

V. NOTIFICACIONES.

La Nación - Ministerio De Educación Nacional - FOMAG, las recibirá en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

Del señor Juez,

Lorena Riveros

HEIDY LORENA RIVEROS CRUZ

CC. No. 1.023.969.326 de Bogotá

T.P. No. 371.001 del C.S.J.

Bogotá D.C.

Señores

JUZGADO SÉPTIMO (7) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Juez Guerti Martínez Olaya

E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CLAUDIA LILIANA CALIXTO ÁLVAREZ

DEMANDADA: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FIDUPREVISORA S.A.

EXPEDIENTE: 11001-3335-007-2023-00418-00

CONTESTACIÓN DEMANDA

PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ, identificado con la C.C. No. 79.589.807 de Bogotá y T.P. No. 101271 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la parte demandada **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** conforme al poder que me fue conferido, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda promovida en los siguientes términos:

I. A LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho en los siguientes términos:

PETICIONES

1. Me opongo en virtud de que lo solicitado por la parte actora es el reconocimiento del acto ficto o presunto de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entes autónomos e independiente de mi representada, por lo cual serán estos los que deberán desvirtuar lo dicho por la parte actora.
2. Me opongo, como se puede evidenciar en los medios de prueba aportados al proceso, respecto a la trazabilidad brindada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reseña el trámite dado a la NURF No. BOGOT20230127CN20001885, sobre la cesantía reconocida, así:

“En este sentido, una vez verificadas las bases de información dispuestas para la Dirección Talento Humano – Grupo de Prestaciones, se observa que la solicitud de prestación social consistente en el reconocimiento de una CESANTIA DEFINITIVA fue presentada el día 27-01-2023 y se le asignó el identificador NURF No. BOGOT20230127CN20001885.

Que dicha solicitud fue resuelta mediante Acto Administrativo No. BOG202300822 del 15-02-2023, el cual fue debidamente notificado el día 16-02-2023, en atención a lo dispuesto en los artículos 56, 67 y 69 la ley 1437 de 2011 y ejecutoriado el 16-02-2023.

El acto administrativo en cuestión quedó a disposición de FIDUPREVISORA SA para pago el día 16-02-2023, a través de aplicativo HUMANO EN LÍNEA. Según información brindada por FIDUPREVISORA SA el pago de la prestación fue realizado el 02-03- 2023.”

La Fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del Decreto 2831 de 2005, por autorización de

la Ley 91 de 1989, es quien debe pagar las prestaciones sociales reconocidas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por lo anterior, y de conformidad con la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, se establece que la competencia de la Secretaría de Educación del Distrito va hasta el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes por medio de acto administrativo, previa aprobación de la sociedad fiduciaria, más no le corresponde el pago de estas.

En ese sentido, un posible reconocimiento de la sanción moratoria no estaría en cabeza de la SED en virtud de que esta cumplió con los términos para proferir el acto administrativo, esto es 15 días de elaboración de este y 10 días de ejecutoria, sin perjuicio del posible incumplimiento por parte de las otras entidades llamadas al proceso, en concordancia de las disposiciones pertinentes sobre la notificación. En conclusión, al no ser posible atribuirle responsabilidad a mi representada, no debe ser está la que reconozca lo pretendido por la parte actora, respecto al pago por intereses moratorios.

CONDENAS

1. Me opongo, como se puede evidenciar en los medios de prueba aportados al proceso, respecto a la trazabilidad brindada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reseña el trámite dado a la NURF No. BOGOT20230127CN20001885, sobre la cesantía reconocida, así:

“En este sentido, una vez verificadas las bases de información dispuestas para la Dirección Talento Humano – Grupo de Prestaciones, se observa que la solicitud de prestación social consistente en el reconocimiento de una CESANTIA DEFINITIVA fue presentada el día 27-01-2023 y se le asignó el identificador NURF No. BOGOT20230127CN20001885.

Que dicha solicitud fue resuelta mediante Acto Administrativo No. BOG202300822 del 15-02-2023, el cual fue debidamente notificado el día 16-02-2023, en atención a lo dispuesto en los artículos 56, 67 y 69 la ley 1437 de 2011 y ejecutoriado el 16-02-2023.

El acto administrativo en cuestión quedó a disposición de FIDUPREVISORA SA para pago el día 16-02-2023, a través de aplicativo HUMANO EN LÍNEA. Según información brindada por FIDUPREVISORA SA el pago de la prestación fue realizado el 02-03-2023.”

La Fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del Decreto 2831 de 2005, por autorización de la Ley 91 de 1989, es quien debe pagar las prestaciones sociales reconocidas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por lo anterior, y de conformidad con la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, se establece que la competencia de la Secretaría de Educación del Distrito va hasta el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes por medio de acto administrativo, previa aprobación de la sociedad fiduciaria, más no le corresponde el pago de estas.

En ese sentido, un posible reconocimiento de la sanción moratoria no estaría en cabeza de la SED en virtud de que esta cumplió con los términos para proferir el acto administrativo, esto es 15 días de elaboración del mismo y 10 días de ejecutoria, sin perjuicio del posible incumplimiento por parte de las otras entidades llamadas al proceso, en concordancia de las disposiciones pertinentes sobre la notificación. En conclusión, al no ser posible atribuirle responsabilidad a mi representada, no debe ser está la que reconozca lo pretendido por la parte actora, respecto al pago por intereses moratorios.

2. Me opongo toda vez que no se ha proferido fallo condenatorio.

3. Me opongo puesto que no se ha presentado un retardo o mora en lo que atañe a las obligaciones de mi representada y al no ser posible atribuirle responsabilidad a la misma, no debe ser está la que reconozca lo pretendido por la parte actora
4. Me opongo puesto que no se ha presentado un retardo o mora en lo que atañe a las obligaciones de mi representada y al no ser posible atribuirle responsabilidad a la misma, no debe ser está la que reconozca lo pretendido por la parte actora, respecto al pago por intereses moratorios.
5. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, en la medida que al no existir condena alguna en contra de la entidad a la cual represento, no hay lugar a pago de costas.

II. A LOS HECHOS

Doy respuesta a cada uno de los hechos de demanda en el mismo orden de su formulación así:

AL PRIMERO. – Es un hecho cierto de acuerdo con el certificado de historia laboral de la docente CLAUDIA LILIANA CALIXTO ALVAREZ.

AL SEGUNDO. – Es un hecho parcialmente cierto, teniendo en cuenta que la solicitud de cesantías con identificador NURF No. BOGOT20230127CN20001885, fue presentada el día 27-01-2023.

AL TERCERO. – Es un hecho cierto en virtud de lo contenido en la Resolución No. BOG202300822 del 15-02-2023, el cual fue debidamente notificado el día 16-02-2023.

AL CUARTO. – Me abstengo a lo que se pruebe dentro del proceso, adicionando que la entidad que represento cumplió con su obligación legal cuando profirió la Resolución No. BOG202300822 del 15-02-2023, por lo cual será otra entidad llamada a juicio la cual deberá corroborar o desvirtuar el dicho de la demandante, así mismo las condiciones señaladas por la parte actora deberán ser demostradas por ella.

AL QUINTO. – No es un hecho, corresponde a una remisión normativa de la ley 1071 de 2006.

AL SEXTO. - Me abstengo a lo que se pruebe dentro del proceso, adicionando que la entidad que represento cumplió con su obligación legal cuando profirió la Resolución No. BOG202300822 del 15-02-2023, por lo cual será otra entidad llamada a juicio la cual deberá corroborar o desvirtuar el dicho de la demandante, así mismo las condiciones señaladas por la parte actora deberán ser demostradas por ella.

AL SÉPTIMO. – Es un hecho parcialmente cierto, en cuanto al valor devengado, de acuerdo con el certificado de salarios expedido el 05 de agosto de 2020. Sobre lo demás me abstengo a lo que se halle probado dentro del proceso.

AL OCTAVO. – No es un hecho cierto en lo que respecta a las actuaciones de mi representada, teniendo en cuenta que lo relacionado corresponde a una actuación presuntamente adelantada ante otra entidad, entes autónomos e independiente de mi representada, por lo cual serán estos los que deberán desvirtuar lo dicho por la parte actora.

AL NOVENO. – Es un hecho cierto, en virtud del acta de conciliación.

III. EXCEPCIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante “Fomag”), como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable

y estadística, sin personería jurídica, y cuya administración le corresponde a una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta en la cual el Estado tenga una participación superior al 90%.

La administración de los recursos del Fomag se encuentra a cargo de la fiduciaria la Previsora S.A., ello, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito por la Nación-Ministerio de Educación Nacional con esta entidad financiera del Estado.

De conformidad con el artículo 4 *Ibidem*, le corresponde a esta cuenta especial de la Nación atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados a la fecha de promulgación de la presente ley, así como del personal afiliado con posterioridad a su expedición.¹

Como objetivos del Fomag, señala el artículo 5 de la Ley 91 de 1989:

“Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que importa el Consejo Directivo del Fondo.

Llevar los registro contable y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control de 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.

Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.”

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 91 de 1989 refiere la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes entre la Nación y los entes territoriales, en donde resulta necesario resaltar lo dispuesto en el numeral 5 del referido artículo, en la medida que la Nación asumió por medio de esta cuenta, el pago de aquellas prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado causadas a partir de la promulgación de la mencionada ley.

“5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.” (Negrilla fuera de texto)

Aunado a lo anterior, la Ley 962 de 2005 *“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas”*, estableció en el artículo 56 que las prestaciones sociales a cargo del Fomag, deben ser reconocidas por este Fondo, previo a la aprobación del proyecto de resolución que es elaborado por la entidad territorial a la cual se encuentre vinculado el docente.

“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 Educación de la entidad territorial.”

Con fundamento en las normas antes señaladas, es claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la obligación de atender el pago de todas las obligaciones relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes que se encuentra afiliados a este Fondo, teniendo en cuenta que a partir de la expedición de Ley 91 de 1989 la Nación asumió esta carga por medio de la cuenta especial Fomag y la Ley 962 de 2005 reafirmó esta competencia al señalar que las prestaciones a cargo del Fomag debían ser reconocidas por este Fondo y asigna a las entidades territoriales la obligación de elaborar el proyecto de acto administrativo.

En ese orden de ideas, las entidades territoriales dentro del trámite de las solicitudes que promuevan los docentes para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fomag, únicamente tienen a cargo la elaboración del proyecto del acto administrativo correspondiente, el cual debe ser aprobado por el mencionado Fondo en la medida que tiene la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio.

Ahora bien, en lo relacionado con el reconocimiento de la prestación de cesantías del magisterio, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prevé la forma en la que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio debe cancelar las cesantías al personal docente, el cual se realiza mediante dos sistemas de liquidación, anualizado o retroactivo, determinado según la fecha de vinculación del docente.

En cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas, la Ley 1071 de 2006² estableció que la entidad obligada al pago de esta prestación debe reconocer y pagar con sus propios recursos un día de salario por cada día de retardo en el pago, encontrándose la entidad en la posibilidad de repetir contra el funcionario que ocasionó la mora en el pago.

En sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que para el caso del trámite de las solicitudes de cesantías que promueven los docentes, debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 sobre aquel previsto en el Decreto 2831 de 2005. Lo anterior, teniendo en cuenta que: *“(…) no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018. Radicado: 73001-23-33-000-2014- 00580-01 (4961-15) CE-SUJ2- 012-18

“Artículo 5o. Mora en el pago. 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.

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.” (Negrilla fuera de texto)

De la normatividad relacionada, es claro que la Secretaría de Educación del Distrito interviene únicamente en la elaboración del proyecto de acto administrativo, en este caso, proyecta la resolución de reconocimiento de las cesantías ya sean parciales o definitivas de los docentes adscritos a esta entidad territorial, y es el Fomag quién finalmente aprueba el mencionado acto, reconoce la prestación y realiza el pago a través de la Fiduprevisora S.A.

En igual sentido, tratándose de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, la obligación de pagar con sus propios recursos dicha sanción, se encuentra a cargo de la entidad pública obligada a reconocer y pagar esta prestación al servidor público, que para el caso concreto corresponde al Fomag.

Sobre el particular, se debe traer a colación un pronunciamiento del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, donde se zanjó la discusión respecto de la entidad que debe responder por la sanción moratoria, teniendo en cuenta que todas las llamadas en juicio proponían la excepción previa de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así es, que, en providencia del 25 de septiembre de 2017, dentro del radicado interno (1669-15) la Sección Segunda del Consejo de Estado³, estableció lo siguiente:

“...7.2.2.2 Entidad responsable del reconocimiento del pago de la sanción moratoria

En el caso de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación - Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del citado fondo, la entidad obligada del reconocimiento y pago de la sanción moratorio por el desembolso tardío de las cesantías. Veamos:

Mediante 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, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otros, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4 los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales y en su artículo 5 el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quién administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones de los docentes oficiales.”

Refuerza la tesis señalada, lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 2018⁴, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación:

“Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta

especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por su no pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo...”

Todo lo anterior permite concluir que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no está llamada a responder por las pretensiones elevadas en la demanda, las cuales se encuentran dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, toda vez que, es la Nación- Ministerio de Educación Nacional -Fomag, quien por disposición legal es el ente que tiene la obligación de efectuar el mencionado pago en razón a las funciones y competencias asignadas, esto es, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado a este Fondo.

Cambio normativo en la responsabilidad del ente territorial por el pago tardío de las cesantías.

Con la expedición de la Ley 1955 de 2019, en especial, en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 57, es la responsabilidad del ente territorial asumir la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en que se incumplan los plazos previstos para adelantar el respectivo trámite. Con ello resulta apremiante que, el Despacho deberá revisar si la Secretaría de Educación cumplió con las actividades propias para emitir los actos administrativos de reconocimiento y pago de cesantías a los docentes que hagan parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

Para sustentar lo anterior, el mencionado artículo establece:

“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.

Como observación en lo que importa de la disposición transcrita, debe advertirse que:

Por regla general, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el responsable del reconocimiento del pago de las cesantías y la sanción por mora en su pago.

Excepcionalmente, 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.

Uno de los aspectos a dilucidar en los procesos judiciales en los que se pretenda el reconocimiento de la sanción por la mora en el pago de las cesantías radica en la razón por la cual se presentó el retardo.

Para poder imputar esta responsabilidad, deberá acreditarse que el incumplimiento en los plazos dispuestos para el reconocimiento de las respectivas cesantías. Plazos que deben estar asociados a las actividades a cargo de la entidad territorial.

En ese sentido, los plazos que se dispongan para el cumplimiento en el envío de la solicitud de pago son perentorios y su inobservancia genera la responsabilidad del ente territorial.

Se considera que, en caso de que exista retraso por parte del ente territorial y el Fondo, la responsabilidad será compartida. En ese sentido, tanto la entidad como el mencionado Fondo asumirán en la proporción del tiempo que haya transcurrido y corresponda a las actividades de cada una.

Temporalmente, solo será responsable el ente territorial en los casos dispuestos a partir del 25 de mayo de 2019, fecha en la que se publicó la mencionada Ley en el Diario Oficial No. 50.964 de esa misma fecha.

Antes de la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la posición del Consejo de Estado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca corresponde a que, el pago de la Sanción Moratoria se encuentra a cargo de la FIDUPREVISORA S.A en calidad de administradora de la cuenta especial FOMAG, con ocasión al contrato de fiducia mercantil suscrito por el MINISTERIO DE EDUCACION. Con ello, se consideraba que los entes territoriales carecían de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Las decisiones más importantes podrían presentarse del siguiente modo:

En sentencia del 29 de mayo de 2020, Magistrado ponente: Dr. Luis Alfredo Zamora Acosta Expediente: 11001-33-035-030-2018-00328-01 demandante: Miguel Ángel

Ramos Pérez en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que en la parte considerativa expuso lo siguiente:

“En todo caso, se trate del régimen anualizado o retroactivo, corresponde al FOMAG liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales, labor que, en virtud de la garantía de “prestación descentralizada de los servicios” consagrada en el inciso final del artículo 3 de la Ley 91 de 1989, y de la delegación de que trata el artículo 9 ajusten, es desarrollada por las secretarías de educación de los entes territoriales. Así fue dispuesto en el Decreto 3752 de 2003 "por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989, y la Ley 962 de 2005, art. 56.

Entre tanto, el pago efectivo de las prestaciones reconocidas es efectuado a través de una sociedad fiduciaria que administra los recursos, que en la actualidad es la FIDUPREVISORA S.A quien la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en virtud de las disposiciones del artículo 3o de la Ley 91 de 1989, suscribió el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 083 de 21 de junio de 1990, modificado entre otros, por la escritura No. 1588 27 de diciembre de 2018.

Así pues, siguiendo el contenido de las normas que gobiernan el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, surge palmario que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, las que son pagadas por el FOMAG. Para tales efectos, las secretarías de educación de los entes territoriales en las que el docente prestó sus servicios tienen a su cargo la elaboración y suscripción de la resolución de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, previa aprobación de la sociedad fiduciaria que administra el patrimonio del FOMAG”

(...) Conforme lo anterior, y si en tratándose de los docentes, el obligado al pago de las cesantías es el FOMAG, surge palmario que será también con cargo a ese fondo que deberá cancelarse la sanción por mora, surgida con ocasión del retardo en el pago de la mencionada prestación; sin que su naturaleza de cuenta especial - patrimonio autónomo, constituya óbice para asumir la responsabilidad que la normatividad le impuso, y traslade la obligación al fideicomitente y fiduciario.” (Subrayas fuera del texto original)

A su turno, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección E, a través de la sentencia del 12 de junio de 2020, bajo radicado 11001-33-42-055-2017-00252-01, en donde la accionante es Nidia Leonor Pérez Sánchez, realizó un análisis correspondiente para establecer si en el asunto la Secretaría de Educación de Bogotá estaba llamada a responder solidariamente por el pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 5º de la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas a favor de la demandante, concluyendo que:

“La Sala advierte que la Secretaría de Educación de Bogotá no está llamada a efectuar el pago de la sanción moratoria con sus propios recursos, por cuanto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el fondo especial creado mediante la Ley 91 de 1989, con el fin de atender las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, que la actuación de la Secretaría de Educación de Bogotá se limita a la recepción de las solicitudes y elaboración de los proyectos de actos administrativos relacionados con las prestaciones sociales de los afiliados al fondo, sin que esto implique en forma alguna que en caso de que se genere una controversia sobre dichas prestaciones, sea la entidad territorial la llamada a

responder con su patrimonio.

En otras palabras, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría de Educación de Bogotá, y que corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A., en calidad de administradora, y vocera de los recursos del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumir eventualmente las consecuencias jurídicas derivadas de una decisión judicial, pues es a quien se le atribuyó la función de atender las prestaciones sociales de los docentes afiliados”

En relación con la competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para reconocer prestaciones sociales, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 28 de septiembre de 2017⁵ manifestó que no se requiere la intervención del ente o Secretaría de Educación territoriales, teniendo en cuenta que es el aludido fondo quien debe asumir eventualmente las consecuencias jurídicas derivadas de una decisión judicial, de la siguiente manera:

“Sobre el particular, se expuso: “las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual en todo caso debía ser elaborado por la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

(...)

Así las cosas, deber decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio son actos en los que interviene, tanto la secretaría de educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través del elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recurso del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los siguientes términos:

El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la simplificar una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendiente a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado fondo”.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la secretaría de educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de

los docentes, corresponde al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados, sin que para ello se requiera de intervención alguna del ente territorial – secretaría de educación municipal.

Sentencia del 20 de agosto de 2020, MP. Carmen Alicia Rengifo Sanguino bajo radicado No. 11001-33- 35-012-2017-00429-01, y Sentencia del 11 de septiembre de 2020, MP. Luis Alfredo Zamora Acosta, bajo radicado No. 11001-33-35-012-2015-00197-01, donde se concluyó que el obligado al pago de las cesantías es el FOMAG, y surge el planteamiento que será también con cargo de ese fondo quién deberá cancelar la sanción por mora y no la Secretaría de Educación del Distrito.

Conforme a ello, las razones normativas sobre las que se apoyaba el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al introducirse la modificación del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, particularmente en su parágrafo implica necesariamente que, no en todos los casos el FOMAG está obligado a responder, ni en todos los casos la Secretaría de Educación Distrital está llamada a responder.

En ese orden de ideas, en los procesos en que el demandante haya radicado la solicitud de reconocimiento de prestaciones sociales con antelación al 25 de mayo de 2019 y correspondiente Resolución de reconocimiento de prestaciones sociales se haya expedido con antelación al 25 de mayo de 2019, no resulta posible la aplicación de la Ley 1955 de 2019.

Esta posición es acorde con lo establecido en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política, el cual establece como regla del derecho al debido proceso que solo serán aplicables las leyes preexistentes al momento de la ocurrencia de los hechos:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”

Tal como se evidencia, con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 (25 de mayo de 2019) se estableció que la responsabilidad del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías correrá a cargo de la Secretaría de Educación territorial, cuando la culpa por el pago extemporáneo sea imputable a la entidad territorial.

DEL CASO EN CONCRETO

Analizada en conjunto la normatividad referida anteriormente, es claro para esta parte que la entidad que represento si bien interviene en la elaboración o proyección del acto administrativo en este caso del reconocimiento de las cesantías ya sea parciales o definitivas, es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio quien aprueba el mismo y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial y a quien compete el análisis sobre el pago de las cesantías, en esa medida la única intervención que efectúa la entidad territorial llamada a juicio de acuerdo con la Ley anti tramites es en la elaboración y remisión del acto administrativo que en últimas es aprobado como en el caso de autos por el Fondo quien tiene a su cargo el pago de estas prestaciones sociales de los docentes.

Si bien lo establecido por el art 4 de la Ley 1071 de 2006, cuando el docente radica la solicitud de cesantías parciales y/o definitivas, la SED cuenta con un término de 15 días hábiles para proferir el acto administrativo, previa aprobación del acto administrativo por la FIDUPREVISORA S.A., sin embargo, en algunas ocasiones ese término no se cumple generalmente porque la

sociedad fiduciaria no responde en término.

Como se puede evidenciar en los medios de prueba aportados al proceso, respecto a la trazabilidad brindada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reseña el trámite dado a la NURF No. BOGOT20230127CN20001885, sobre la cesantía reconocida, así:

“En este sentido, una vez verificadas las bases de información dispuestas para la Dirección Talento Humano – Grupo de Prestaciones, se observa que la solicitud de prestación social consistente en el reconocimiento de una CESANTIA DEFINITIVA fue presentada el día 27-01-2023 y se le asignó el identificador NURF No. BOGOT20230127CN20001885.

Que dicha solicitud fue resuelta mediante Acto Administrativo No. BOG202300822 del 15-02-2023, el cual fue debidamente notificado el día 16-02-2023, en atención a lo dispuesto en los artículos 56, 67 y 69 la ley 1437 de 2011 y ejecutoriado el 16-02-2023.

El acto administrativo en cuestión quedó a disposición de FIDUPREVISORA SA para pago el día 16-02-2023, a través de aplicativo HUMANO EN LÍNEA. Según información brindada por FIDUPREVISORA SA el pago de la prestación fue realizado el 02-03- 2023.”

Con base a lo anterior, no se observa mora en trámite de reconocimiento de las cesantías definitivas a cargo de la Secretaría de Educación del Distrito. Valga aclarar que a la SED no se le debe atribuir responsabilidad por la demora en los tiempos de aprobación del acto administrativo que según las disposiciones legales para el caso deben ser aprobados por la entidad fiduciaria, por lo anterior no se constata responsabilidad por parte del ente territorial.

La Fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del Decreto 2831 de 2005, por autorización de la Ley 91 de 1989, es quien debe pagar las prestaciones sociales reconocidas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por lo anterior, y de conformidad con la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, se establece que la competencia de la Secretaría de Educación del Distrito va hasta el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes por medio de acto administrativo, previa aprobación de la sociedad fiduciaria, más no le corresponde el pago de estas.

En ese sentido, un posible reconocimiento de la sanción moratoria no estaría en cabeza de la SED en virtud de que esta cumplió con los términos para proferir el acto administrativo, esto es 15 días de elaboración del mismo y 10 días de ejecutoria, sin perjuicio del posible incumplimiento por parte de las otras entidades llamadas al proceso, en concordancia de las disposiciones pertinentes sobre la notificación. En conclusión, al no ser posible atribuirle responsabilidad a mi representada, no debe ser esta la que reconozca lo pretendido por la parte actora, respecto al pago por intereses moratorios.

EXCEPCIONES DE FONDO

Como consecuencia de los presupuestos expuestos en el capítulo que precede, me permito proponer las siguientes excepciones:

PRESCRIPCIÓN.

En sentencia de unificación No CE. SUJ004 del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado precisó que la sanción moratoria es autónoma y prescriptible, siendo importante para ello tener en cuenta el término establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción prevé:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescriben en tres

años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo por escrito del empleado o trabajador ante autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinada, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

El máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa, recientemente ha determinado que tratándose de la sanción moratoria la obligación se hace exigible el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado a la entidad para el pago del auxilio de cesantías, y no desde la fecha de reconocimiento de las cesantías o desde el pago de estas.

LA GENÉRICA O INNOMINADA.

De conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo) respetuosamente solicito al Señor Juez, se sirva declarar probada cualquier otra excepción que resulte demostrada en el curso del proceso, frente a toda situación de hecho o derecho que sea advertida y probada en el transcurso del proceso y que favorezca los intereses de mí representada.

IV. PRUEBAS

Revisada la demanda solicito respetuosamente señor juez se tenga en cuenta las pruebas entregadas por la parte demandante. Igualmente, la Secretaría de Educación Distrital enviara cualquier otra prueba que su señoría considere relevante para el proceso.

1. Expediente administrativo.

V. ANEXOS

Anexo al presente escrito los siguientes documentos:

1. Poder especial conferido por el jefe de la oficina jurídica de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.
2. Pruebas señaladas en el capítulo IV.

VI. NOTIFICACIONES.

Para efectos de notificaciones a la entidad que represento o al suscrito suministro los siguientes datos:

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co y a al suscrito apoderado: Carrera 16 A No. 80-06 oficina 507, de la ciudad de Bogotá al Correo electrónico del apoderado: pchaustreabogados@gmail.com.

Señor Juez,



PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ
C.C. No. 79.589.807 de Bogotá
T.P. No. 101271 del C.S.J