



20221183826394

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221183826394**
Fecha: **31-01-2022**

JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
BOGOTA D.C
E. S. D.

RADICADO No.	11001333501620210031000.
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	JENNY EDITH HERNANDEZ SALAMANCA-52825620
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

LINA PAOLA REYES HERNÁNDEZ, mayor de edad y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada con Cédula de ciudadanía número 1.118.528.863, expedida en la ciudad de Yopal- Casanare, abogada en ejercicio y titular de la tarjeta profesional número 278.713 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada de la parte demandada NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como apoderada sustituta del Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, , identificado con cedula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo con la certificación suscrita por la Representante Legal de FIDUPREVISORA S.A, de fecha 21 de febrero de 2019, y según el Poder General que le fue otorgado mediante Escritura Pública N° 522 del 28 de marzo de 2019 adicionada por la escritura N. 480 del 8 de mayo de 2019, que lo faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial, muy comedidamente comparezco ante el Despacho a su digno cargo, dentro del término legal de traslado para contestar la demanda presentada mediante apoderada judicial, con fundamento en lo establecido en el artículo 175 del C.P.A.C.A.

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

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de dichas prestaciones, que correspondan al personal afiliado y garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

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

*“(…) Artículo 3. **Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, **cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta**, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*





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

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

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

Por lo anterior, la misma normativa que crea el fondo, establece el mecanismo por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello que la norma preestablece que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la misma, el Ministerio de Educación Nacional y la Compañía Fiduprevisora S.A., suscribieron: “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL”, el cual fue protocolizado mediante escritura pública N° 83 del veintiuno (21) de junio de 1990, en la notaría Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial de Bogotá D.C., en el cual La Nación, Ministerio de Educación, fungen como Fideicomitente y la compañía Fiduprevisora como la Fiduciaria; contrato cuyo objeto es: Constituir una fiducia mercantil sobre los Recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante **–EL FONDO–**, con el fin de que **LA FIDUPREVISORA S.A.**, los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para **EL FONDO**, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

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

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

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;*
- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;*
- 3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;*
- 4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;**
- 5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;*
- 6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;*

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



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

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”²

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

I. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

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

DECLARACIONES

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

CONDENA

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

TERCERA: Me **OPONGO**, por cuanto no son declaraciones y/o condenas en si ya que puntualmente se refieren más a aspectos procedimentales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico y a las normas establecidas en la ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A...

CUARTA: Me **OPONGO**, debido a que de conformidad con el criterio unificado del Consejo de Estado mediante sentencia del dieciocho (18) de julio de 2018³, resulta improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

QUINTA: Me **OPONGO**, porque se trata de una pretensión subsidiaria que sufrirá la suerte de la principal, de modo que si no es procedente que se declare la nulidad del acto administrativo demandado no existe tampoco un derecho a percibir los valores que se solicitan en esta pretensión a título de condena, por lo que tampoco existe un derecho a solicitar que los valores resultantes de las pretendidas condenas se pague intereses moratorios ya que resultarían como una doble sanción.

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

2. EN CUANTO A LOS HECHOS

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

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

FRENTE AL HECHO TERCERO: La manifestación contenida en el hecho referido **ES CIERTA**, en tanto se verifica con los medios de prueba documentales arrimados al expediente con el escrito de demanda, y particularmente con la Resolución de reconocimiento que la fecha de solicitud de las cesantías lo manifestado por la actora.

² Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234. Negrillas fuera de texto

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Sentencia de Unificación del dieciocho (18) de julio de 2018.



FRENTE AL HECHO CUARTO: La manifestación contenida en el hecho referido **ES CIERTA**, en tanto se verifica con los medios de prueba documentales arrimados al expediente con el escrito de demanda, la certeza de lo indicado por el apoderado judicial.

FRENTE AL HECHO QUINTO: La manifestación contenida en el hecho referido **NO ES CIERTA** de conformidad con el certificado de puesta a disposición expedido por la fiduprevisora, en tanto se verifica con los medios de prueba documentales arrimados al expediente con el escrito de demanda.

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

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

FRENTE AL HECHO OCTAVO: Al respecto debe decirse que **NO CONSTITUYE UN HECHO**, sino que corresponde a una apreciación subjetiva de la parte demandante, que deberá ser debidamente probada como sustento de las pretensiones del medio de control.

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

FRENTE AL HECHO NOVENO: frente al hecho en particular debe decirse que **ES PARCIALMENTE CIERTO**, pues si bien se corrobora que hubo un pago este no se trata de un pago parcial si no de un pago total.

I. PETICIONES

PRIMERO: Ordénese oficiar a la FIDUPREVISORA S.A. a efectos de certificar si la solicitud de sanción moratoria radicada el 2 DE DICIEMBRE DE 2020 Ante la Secretaria de Educación de BOGOTÁ D.C. a nombre de la docente demandante tuvo respuesta y remitir con destino a este expediente copia de la constancia de comunicación de la misma al demandante.

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

I. EXCEPCIONES PREVIAS

1. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA AL NO HABER DEMANDADO EL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO QUE DENEGÓ LA SANCIÓN MORA

Dentro del marco normativo aplicable a los casos que se debaten en juicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el artículo 306 de la ley 1437 de 2011, facultó a los operadores judiciales y demás juristas para aplicar el C.G.P., en los asuntos no regulados por esa ley, entre los cuales se encuentra la proposición de excepciones previas por parte del demandado cuando se notifica la demanda y se corre su traslado para la contestación

En efecto, al momento de realizarse el traslado de la demanda para su contestación, el demandado, quien, en virtud de la norma descrita líneas atrás, puede proponer las excepciones previas descritas en el artículo 100 del C.G.P. al advertirse irregularidades de forma en la presentación o sustentación de la demanda que da origen al litigio o derecho reclamado:

“ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

(...)

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones”



Partiendo de lo anterior, el numeral quinto de la norma transcrita señaló como excepción previa la ineptitud sustancial de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, la cual puede ser formulada por el demandado al advertir el incumplimiento de la demanda frente a los requisitos esenciales de la misma.

Ahora bien, el CPACA señaló como requisitos esenciales para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho “que el acto administrativo que pretende sea anulado, sea identificado con toda precisión”, entendiendo esto como el acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica de contenido particular y concreto:

“ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda”

Al respecto, el H. Consejo de Estado señaló:

“(…) Los actos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los actos definitivos, entendidos como toda manifestación de voluntad general o eventualmente, concreta o específica, unilateral de quienes ejercen funciones administrativas, que crean, reconocen, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones o situaciones jurídicas subjetivas? (...)”

En tal sentido, si el acto administrativo no se encuentra debidamente individualizado en las pretensiones de la demanda, la misma carece de uno de sus elementos de forma, situación que, al ser valorada por el Juez de conocimiento, le conllevará a declarar la ineptitud sustancial de la demanda.

I. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA.

En razón de la modificación introducida por el artículo 57 ya mencionado a lo largo del presente escrito, me permito proponer la presente excepción con base en que la norma evidencia la clarísima intención del legislador, de evitar que el patrimonio autónomo FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO continúe pagando de sus recursos, indemnizaciones de carácter económico por vía judicial o administrativa, lo cual sin lugar a dudas, comprende también la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los docentes afiliados a este.

En este orden de ideas, el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se encuentra autorizado para pagar de su propios recursos, únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las CESANTÍAS. En el presente asunto la reclamación judicial del docente busca el pago de la sanción moratoria, no obstante las cesantías fueron pagadas efectivamente por el FOMAG, momento hasta el cual llega su responsabilidad.

En virtud de lo anterior, se entiende entonces que no existe legitimación en la causa por pasiva del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dado que la modificación normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada.

2. CADUCIDAD

De comprobarse que hubo un acto expreso por parte de la Secretaria le solicito señor Juez se aplicada la presente excepción, ahora bien respecto del término de caducidad de las acciones contenciosas, la jurisprudencia del Consejo de Estado en Sentencia 01393 de 2018 del 1 de febrero de 2018 con consejero ponente William Hernández Gómez ha manifestado:

De manera genérica la caducidad es un fenómeno jurídico cuyo término previsto por la ley se convierte en presupuesto procesal y/o instrumento a través del cual se limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para la reclamación judicial de los mismos, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia

temporal, el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación «[...] busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso [...]»9.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136-2, establece, como regla general, que la acción de nulidad con restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro meses contados a partir del día siguiente de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Empero, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, aunque el reconocimiento de la sanción moratoria se deriva de una prestación periódica, la reclamación de dicha sanción se debe efectuar de forma específica.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que en el presente caso es pertinente hacer referencia a lo siguiente:

Conforme la sentencia de la Corte Constitucional y las reseñadas del Consejo de Estado se obtiene que las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponden al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se componen de prestaciones sociales que son beneficios para cubrir riesgos del empleado y no sociales como el pago del salario, **pero que una vez finalizado el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una sustitución pensional que pueden ser demandados en cualquier tiempo, aún después de culminado el vínculo laboral**"

Razones por las cuales, se debe acoger por el Despacho, el medio exceptivo propuesto, de cara a los criterios jurisprudenciales y normativos del Consejo de Estado.

3. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **EL TÉRMINO SEÑALADO COMO SANCIÓN MORATORIA A CARGO DEL FOMAG Y LA FIDUPREVISORA ES MENOR AL QUE SEÑALA LA PARTE DEMANDADA**

En el presente caso debe señalarse que en consonancia con la ley 1955 del 25 de mayo de 2019, que en su artículo 57 señaló:

“Artículo 57. Eficiencia en la Administración de los Recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros. Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

Entonces y en virtud de lo señalado en la Ley 1071 de 2006, el acto administrativo debió expedirse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de solicitud de las cesantías, para después de quedar ejecutoriado el ente pagador dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes ponga los recursos a disposición del peticionario y no haberse tomado el término en el decreto 2831 de 2005, en tanto que los términos señalados en ambas normativas son contradictorios, teniéndose que aplicar la regla de mayor jerarquía, esto es la ley por encima de los reglamentos.

En consecuencia, hubo un retardo por parte del ente territorial en expedir el acto administrativo al no haber sido proferido dentro del término de los quince (15) días posteriores a la radicación de la solicitud, situación que a la luz del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, son de única responsabilidad de dicha entidad siendo necesario su condena proporcional en la sentencia.

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

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

En primer lugar, la naturaleza jurídica –como bien ya se explicó- se encuentra determinada como patrimonio autónomo y descrita desde su misma génesis –Ley 91 de 1989- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica; la cual es administrada por la FIDUPREVISORA bajo los parámetros del contrato de fiducia mercantil, desde su inicio fue creado con los siguientes objetivos⁴:

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

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

⁴ Ley 91 de 1989, Artículo 5.



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

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

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

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

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

(...)

C. Cesantías definitivas y cesantías definitivas a beneficiarios.

d. Cesantías parciales de acuerdo con lo establecido en la ley y las prioridades señaladas por el Consejo Directivo.”⁵

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Clausula segunda numeral quinto del otro si del 22 de junio de 2017.



Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, **la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado** con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria, luego es allí, en el ente territorial y no por parte del administrador del FOMAG en donde se origina, donde nace la mora, y debe ser por la finalidad de la figura, allí donde recaigan sus efectos y no sobre quien simplemente efectúa los pagos.

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

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

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.⁶

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

II. PRESCRIPCIÓN

En relación a la prescripción extintiva del derecho para casos en los cuales se realiza la reclamación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado en sentencia 00188 de 2018 del 15 de febrero de 2018 y consejero ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ estableció:

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

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

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

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

Artículo 151. Prescripción: Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

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

⁶ Decreto 1272 de 2018 «Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación-, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones».

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

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

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

III. IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN

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

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

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

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

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

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



IV. IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS

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

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

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

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los 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 Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada”⁷.

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.

V. CONDENA CON CARGO A TÍTULOS DE TESORERÍA DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Ante el poco probable evento en que se profiera condena en contra de la entidad que represento, y sin que ello constituya aceptación alguna por parte del suscrito apoderado judicial de la entidad demandada, se solicita al Despacho se sirva indicar en la sentencia que ponga

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No. 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16), Sentencia 00476 del 6 de abril de 2017.





fin al litigio, que la eventual condena deberá ser pagada con cargo a los Títulos de Tesorería que emita el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el cual en su literalidad dispone:

“Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

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

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

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

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

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

Todo lo anterior supone que, la aplicación de la norma resulta ser de obligatorio acatamiento en tanto se encuentra vigente, y resulta aplicable al asunto que convoca la atención dentro del medio de control promovido por la parte demandante, razones más que suficientes para declarar la prosperidad de la excepción en el evento en que se profiera decisión de fondo adversa a los intereses de la entidad que represento en sede judicial.

PAGO TOTAL

La entidad que represento realizo los respectivos pagos por concepto de sanción mora, el cual se esta reclamando en el presente medio de control, además, la demandante señala que hubo pago por concepto de sanción mora, y se demuestra que se le reconoció y pago todos los valores adeudados por concepto de sanción mora, de acuerdo a lo establecido en las disposiciones legales aplicables al caso concreto, esto es reconociendo a partir del día 71 hasta el día en que se hizo el pago a la entidad bancaria y se puso a disposición de cada uno de los docentes demandantes. De tal manera se tengan en cuenta como suficientes todos los valores legales recibidos efectivamente por los demandantes, por concepto de pago de sanción mora, como retribución a las sumas de dinero que pretende en la demanda.

COBRO DE LO NO DEBIDO

El Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio reconoció y pagó a la demandante un monto determinado de dinero por concepto de sanción mora por el pago tardío de las cesantías reconocidas en las siguiente resolución No. 6609 de fecha 09 de Julio de 2019 monto que se calculó de conformidad con las disposiciones legales, aplicables a cada uno de los casos en concreto, esto es reconociendo a partir del día 71 hasta el día en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolsó el dinero y lo puso a disposición de cada uno de los demandantes a través de entidad bancaria.

Así, con la presente demanda se está pretendiendo nuevamente un doble pago por el mismo concepto, en detrimento del patrimonio de la entidad que represento, dado que si se observa con detenimiento toman fechas distintas a la que solicitaron las cesantías de consecutivos de radicación diferentes a los consecutivos de radicación que se evidencian en cada una de las resoluciones de reconocimiento de cesantías definitivas o parciales. Por todo lo anterior solicito su señoría se declare probada la presente excepción.





VI. EXCEPCIÓN GENÉRICA

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

4. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DE DERECHO

Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 196 de 1995, Decreto 3752 de 2003, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946, Ley 244 de 1995 y Ley 1955 de 2019.

5. PRUEBAS

Solicitamos se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario con el escrito de contestación de la demanda.

En igual sentido, y en aras de establecer la responsabilidad frente a la tardanza en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, se hace necesario solicitar al Despacho se sirva decretar las siguientes pruebas de oficio:

1. a Secretaría de Educación de BOGOTA D.C.
 - a) A efectos de que certifique en qué fecha remitió a la Fiduprevisora el proyecto de reconocimiento de cesantías para su aprobación.
 - b) En qué fecha devolvió la Fiduprevisora el proyecto aprobado.
 - c) En qué fecha remitió a la Fiduprevisora la resolución No.Resolución No. 6609 de fecha 09 de Julio de 2019, para el pago de las cesantías.
2. Oficiar a la entidad financiera a la cual fueron girados los recursos y/o a Fiduprevisora S.A., con la finalidad de que certifiquen la fecha exacta en que fueron puestos a disposición los dineros correspondientes a las cesantías, respecto de la cuales alega mora en su pago y se pretende el eventual reconocimiento de la sanción.
3. Oficiar a la FIDUPREVISORA S.A., con la finalidad de que certifique si a la fecha se ha realizado el pago de alguna suma de dinero por concepto de sanción mora, de conformidad con la presunta tardanza en el pago de las cesantías que sirve como fundamento de las pretensiones.
4. Solicito se sirva oficiar a la entidad territorial que profirió el acto administrativo demandado, en este caso, a la Secretaria de Educación donde se radicó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, para que se allegue el expediente administrativo del docente accionante, en donde se incluya la certificación de salarios de cada uno de los docentes para la fecha en que presuntamente se generó la Sanción Moratoria.

6. ANEXOS

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

7. NOTIFICACIONES

- EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL las recibirá por intermedio de la Señora Ministra de Educación, en la Calle 43 # 57-14, Centro Administrativo Nacional (CAN), Bogotá D.C., y/o en el correo o dirección electrónica, exclusivamente para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@minieducacion.gov.co.
- EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVIORA en la secretaria de su despacho o en Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co.





La educación es de todos

Mineducación

- Y La suscrita apoderada, las recibiré en la secretaria de su despacho o en Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico t_lreyes@fiduprevisora.com.co.

-
-

- Del señor Juez,

-

- *Liná Paola Reyes Hernández*

- LINÁ PAOLA REYES HERNANDEZ

- C.C 1118528863 de Yopal

- T.P 278.713del C.S.J.

-

- Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

- Vicepresidencia Jurídica

- Calle 72 No. 10-03

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

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

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

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Risobamba (+57 8) 730 2456 | Villavicencio (+57 8) 664 5440

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5

Solicitudes: 018000 919015

servicioalcliente@fiduprevisora.com.co

www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento es de todos

Minhacienda

Nº 002325

Señores

JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

REFERENCIA: SUSTITUCIÓN DE PODER

RADICADO:

11001333501620210031000.

DEMANDANTE: JENNY EDITH HERNANDEZ SALAMANCA-52825620

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado civil y profesionalmente como aparece junto a mi firma, actuando en calidad de apoderado de **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL N.I.T. 899.999.001-7**, conforme al **Poder General** otorgado por el Doctor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**, mediante Escritura Pública **No. 522 de 28 de marzo de 2019**, protocolizada en la notaria 34 del círculo de Bogotá, modificada por la escritura pública **No. 0480 de 03 de mayo de 2019** y la escritura pública **No. 1230 de 11 de septiembre de 2019**, protocolizadas en la notaria 28 del círculo de Bogotá, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de las facultades a él conferidas a través de la **Resolución No. 015068 del 28 de agosto de 2018 y 02029 del 04 de marzo de 2019**, expedida por la **MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL**, según lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes.

Manifiesto a su despacho que sustituyo poder a los(las) abogados(as):

Nombre del Abogado	Identificación	Tarjeta Profesional
DIANA MARIA HERNANDEZ BARRETO	1022383288	290488 del C.S de la J.
ANGELA VIVIANA MOLINA MURILLO	1019103946	295622 del C.S. de la J.
JENNY KATHERINE RAMIREZ RUBIO	1030570557	310344 del C.S. de la J.
LINA PAOLA REYES HERNANDEZ	1118528863	278713 del C.S. de la J.
KAREN ELIANA RUEDA AGREDO	1018443763	260125 del C.S. de la J.
JHON FREDY OCAMPO VILLA	1010206329	322164 del C.S. de la J.
ANA MARIA MANRIQUE PALACIOS	1052401595	293235 del C.S. de la J.
PAULA ANDREA SILVA PARRA	1015460468	321073 del C.S. de la J.

Con las mismas facultades a mi conferidas, incluida la de sustituir y conciliar, no obstante, lo anterior, se ceñirá a las disposiciones de la entidad plasmadas en el Acta del Comité de Conciliación.

Me permito informar a su despacho que el presente apoderamiento no genera costo alguno por concepto de honorarios a favor del apoderado, toda vez que se encuentra dentro del ejercicio de sus funciones.

Sírvase remitir las notificaciones a los correos electrónicos: procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

La presente sustitución se presume autentica de conformidad con el Inciso Segundo del Artículo 74 del Código General del Proceso

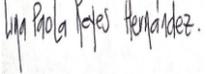
Por lo anterior, le solicito se sirva aceptar esta petición en los términos y para los fines descritos.

Cordialmente,



LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS
C.C. No. 80.211.391 de Bogotá D.C.
T.P. No. 250.292 del C.S. de la J.

Acepto:

Nombre del Abogado	Identificación	Tarjeta Profesional	Firma
DIANA MARIA HERNANDEZ BARRETO	1022383288 BOGOTA	290488 del C.S de la J.	
ANGELA VIVIANA MOLINA MURILLO	1019103946 BOGOTA	295622 del C.S. de la J.	
JENNY KATHERINE RAMIREZ RUBIO	1030570557 BOGOTA	310344 del C.S. de la J.	
LINA PAOLA REYES HERNANDEZ	1118528863 YOPAL	278713 del C.S. de la J.	
KAREN ELIANA RUEDA AGREDO	1018443763 BOGOTA	260125 del C.S. de la J.	
JHON FREDY OCAMPO VILLA	1010206329 BOGOTA	322164 del C.S. de la J.	
ANA MARIA MANRIQUE PALACIOS	1052401595 DUITAMA	293235 del C.S. de la J.	
PAULA ANDREA SILVA PARRA	1015460468 BOGOTA	321073 del C.S. de la J.	



República de Colombia

Pág. No. 1

522



A037426715



C0312692692

ESCRITURA PUBLICA NUMERO: 522

QUINIENTOS VEINTIDÓS.

DE FECHA: VEINTIOCHO (28) DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019) OTORGADA EN LA NOTARIA TREINTA Y CUATRO (34) DEL CIRCULO DE BOGOTA, D.C.

0409 PODER GENERAL.

De: LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, identificado con cédula de ciudadanía número 79.953.861 de Bogotá, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, Nit. 899.999.001-7, actuando en su calidad de delegado de la MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL, según resolución 002029 del 04 de marzo de 2019, para la defensa judicial de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A: LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391, abogado designado por Fiduprevisora S.A. para ejercer la representación Judicial de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según consta en la certificación firmada por la representante legal de Fiduprevisora S.A. de fecha 21 de febrero de 2019, que hace parte integral del presente instrumento.

TERMINO INDEFINIDO.

ACTO SIN CUANTÍA

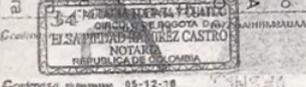
En la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, Republica de Colombia, a los veintiocho (28) días del mes de Marzo del año dos mil diecinueve (2019), ante mí, ELSA PIEDAD RAMIREZ CASTRO, NOTARIA TREINTA Y CUATRO (34) DEL CIRCULO DE BOGOTA D.C., EN PROPIEDAD POR CONCURSO DE MERTOS, se otorgó escritura pública en los siguientes términos:

COMPROBANTES CON MINUTA ENVIADA POR CORREO ELECTRONICO.

OTORGANTE: LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, varón colombiano, mayor de edad, con documento de identidad número 79.953.861 y residencia en esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía número 79.953.861 de Bogotá y T.P. 145177 del C. S. de la J., Jefe de la Oficina Asesora

Legal notarial para uso exclusivo en la escritura pública - Sin firma cartea para el usuario

15230101000000000000



05-12-16



A037426715



C0312692692

Jurídica del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, Nit. 899.999.001-7, actuando en su calidad de delegado de la MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL, según resolución 002029 del 04 de marzo de 2019, para la defensa judicial de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y maniestó: PRIMERO: Que en la calidad antes indicada otorga poder general a LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS, identificado con cédula de ciudadanía número 80.211.391, abogado designado por Fiduprevisora S.A. para ejercer la representación Judicial de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según consta en la certificación firmada por la representante legal de Fiduprevisora S.A. de fecha 21 de febrero de 2019, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

PRIMERA: Que en consideración al alto índice de demandas presentadas en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, en las que demandan o vinculan al Ministerio de Educación Nacional por obligaciones a cargo del Fondo, esta cartera Ministerial debe constituir apoderado para que ejerza la representación Judicial.

SEGUNDA: Que mediante Escritura Publica No. 7.867 del 27 de junio de 2003, el Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora S.A. modificaron el Contrato de Fiducia Mercantil constituido mediante Escritura Pública No. 083 de fecha 21 de junio de 1990 otorgada en la Notaría 44 del Circulo Notarial de Bogotá. TERCERA: Que en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 7.867 del 27 de junio de 2003 al contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 083 de 1990, Fiduprevisora S.A. asumió la contratación de abogados para la defensa judicial del FOMAG, adquiriendo la obligación de informar al Ministerio el nombre de cada profesional, sus calidades, las gestiones realizadas por los servicios contratados y la forma en que cada uno de ellos fue contratado, lo anterior, de conformidad con el esquema y valoración que a petición del Ministerio se hayan establecido estándares mínimos para asegurar la calidad de los servicios.

Legal notarial para uso exclusivo en la escritura pública - Sin firma cartea para el usuario



República de Colombia

Página 5 522



Ca312892890

proceso que se adelanten en contra de este Ministerio.
e) El presente mandato terminará cuando el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, por intermedio de su representante legal lo revogue.

Parágrafo Primero: En el evento en que el apoderado tenga conocimiento de procesos judiciales en que sea parte el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y aun no haya sido vinculado, deberá informar a la OFICINA ASESORA JURIDICA, a efectos de que se realice la respectiva asignación.

Parágrafo Segundo: EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL se reserva el derecho de conciliar, desistir y transigir. Por lo anterior, el apoderado general no se encuentra facultado para realizar dichos actos, ni mucho menos para otorgar facultades para tales fines.

Parágrafo Tercero: La facultad contenida en el literal C) no exonera ni limita la responsabilidad del apoderado general, quien será el responsable ante el Ministerio de todas las actuaciones que se surtan en los procesos judiciales asignados.

CLÁUSULA TERCERA: Que en consonancia con lo establecido en la Cláusula Primera de la presente Escritura Pública, al Poder General que se confiere al doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado con la cédula de ciudadanía N° 80.211.391 expedida en Bogotá D.C. y T.P. 250292 del C. S. de la J. tendrá efectos jurídicos a partir de la suscripción del presente poder general.

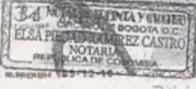
NOTA.- Se anexa: Reparto No. 48, Radicación: RN2019-2345, Categoría: Quinta (5ª), Fecha de Reparto: 12-03-2019 de la Superintendencia de Notariado y Registro.

HASTA AQUI EL CONTENIDO DE LA MINUTA PRESENTADA. PREVIAMENTE ELABORADA, REVISADA, APROBADA Y ACEPTADA.

EL COMPARECIENTE HACE CONSTAR QUE:
1.- Ha verificado cuidadosamente sus nombres y apellidos, su real estado civil, número correcto de su documento de identificación, y aprueba este instrumento reserva alguna, en la forma como quedó redactado.

2.- Las declaraciones consignadas en este instrumento corresponden a la verdad y al otorgante las aprueba íntegramente, sin reserva alguna, en consecuencia, asume la

responsabilidad para uso exclusivo en la escritura pública - Sin firma escrita para el sustento



Ca312892890

responsabilidad por cualquier inexactitud.

3.- Conoce la ley y sabe que la Notaria responde de la regularidad formal de los instrumentos que autoriza, pero NO de la veracidad de las declaraciones de los otorgantes, ni de la autenticidad de los documentos que forman parte de este instrumento.

4.- Se advirtió al otorgante de esta escritura la obligación que tiene de leer la totalidad de su texto, a fin de verificar la exactitud de todos los datos en ella consignados, con el fin de aclarar, modificar o corregir lo pertinente antes de firmarla. La firma de la misma demuestra su aprobación total del texto. En consecuencia LA NOTARIA NO ASUME NINGUNA RESPONSABILIDAD POR ERRORES O INEXACTITUDES QUE SON RECONOCIDOS CON POSTERIORIDAD A LA FIRMA DE LOS OTORGANTES Y DE LA NOTARIA. En tal caso, éstos deben ser corregidos mediante el otorgamiento de una nueva escritura, suscrita por todos los que intervinieron en la inicial, quienes sufrirán en su TOTALIDAD los gastos que ello genere. (Artículo 35, Decreto Ley 960 de 1970).

POLITICA DE PRIVACIDAD: El otorgante, expresamente declara que NO autoriza la divulgación, ni comercialización, ni publicación por ningún medio, sin excepción alguna, de su imagen personal y/o fotografía tomada en la Notaría Treinta y Cuatro (34) del Circuito de Bogotá D.C., ni su huella digital, ni de sus documentos de identidad, ni su dirección electrónica ni física, ni teléfonos, salvo lo relacionado con el presente instrumento y demás actos notariales que personalmente o por intermedio de apoderado solicitan por escrito, conforme a la Ley.

OTORGAMIENTO Y AUTORIZACION

LEIDO, APROBADO TOTALMENTE SIN OBJECION ALGUNA Y FIRMADO por el otorgante este instrumento, que se elaboró conforme a su voluntad, declaraciones e instrucciones, se le hicieron las advertencias de Ley, La Notaria autoriza y da fe de ello.

Instrumento elaborado /Impreso/ papel notarial de seguridad números: Aa057424718, Aa057424717, Aa057424718

responsabilidad para uso exclusivo en la escritura pública - Sin firma escrita para el sustento

República de Colombia

Prácticamente para sus empresas de copias de certificaciones, certificados y documentos del registro notarial



SNR
SUPERINTENDENCIA
DE NOTARIADO
Y REGISTRO

60
El futuro
es de todos



Nº 522

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO
DE BOGOTÁ - D. C.

REPARTO NÚMERO: 48, FECHA DE REPARTO: 12.03.2019, TIPO DE
REPARTO: ORDINARIO
Mazo del 2019, a las 03:26:15 p.m.

MUNICIPIO : 001 BOGOTÁ D. C.
RADICACIÓN : RN2019-2345

A N E X O S

CLASE CONTRATO : 17 PODER
VALOR : "ACTO SIN CUANTÍA"
NÚMERO UNIDADES : 9
ORGANIZADOR : MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL
ORGANIZANTE-DOS : LUIS ALFREDO SANDERÍA RÍOS
CATEGORÍA : 05 QUINTA
NOTARÍA ASIGNADA : 34 TERCERA Y CUARTA

Entrega SNR : *Eduardo Alvarez*

Recibido por : *EDUARDO C. RIVERA*

NANCY CRISTINA MESA ARANGO
Directora de Admistración Notarial

Superintendencia de Notariado y Registro
Calle 26 No. 13-43 Int. 201 - 250
Bogotá D.C.
http://www.super.gov.co



Ca312892889



MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

RESOLUCIÓN No.

002029 04 MAR 2019

Por la cual se delega una función

LA MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL

En ejercicio de las facultades legales y en especial las conferidas por el artículo 9 de la ley 489 de 1998 y

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3o. de la Ley 61 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se creó como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estable o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital, disponibles que para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribiera el correspondiente contrato de fideiúcomiso mercantil, con las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de esta Ley, y que la celebración del mismo podría ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

Que con fundamento en la delegación hecha por el Decreto 632 de 1990, el Ministerio de Educación Nacional, en cumplimiento de tal mandato celebró el contrato de Fideiúcomiso Mercantil con la Fiduciaria La Previsora S.A. mediante la Escritura Pública No.0083 del 21 de junio de 1990, actualmente vigente en razón de las adiciones al mismo.

Que de conformidad con la cláusula quinta del Orden de fecha 27 de junio de 2003 realizado al contrato de fideiúcomiso mercantil, pactado entre el Ministerio de Educación Nacional y Fiduciadora S.A., en los términos de la escritura pública No. 083 de 1990, la fiduciaria La Previsora S.A. asumió la contratación de abogados para la defensa del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que para la defensa en las demandas que se promuevan a nivel nacional en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del patrimonio autónomo y administradora de los recursos del FOMAG, y en ejercicio de las obligaciones de defensa judicial del mismo, contrata los abogados para tal fin, quienes para actuar requieren un mandato expreso otorgado a través de poder especial.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7o del Decreto 5012 de 2008, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, efectuar control y seguimiento de los procesos y conciliaciones en los que este sea parte y cuya defensa no dependa directamente de tal dependencia.

Nº 522



Hoja N.º 2

RESOLUCIÓN NÚMERO

002029 04 MAR 2019

Contenido de la Resolución por la cual se decretó una Amnistía

Que según lo dispuesto en el artículo 50. de la Ley 488 de 1998, las autoridades administrativas podrán mediante acta de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores, de los niveles directivo y asesor, o a otras autoridades con funciones afines o complementarias.

Que se hace necesario delegar la función de coordinar poder general para actuar en defensa de los intereses de la Nación Ministerio de Educación Nacional en los procesos judiciales y conciliaciones de carácter judicial y extrajudicial, que se promuevan en contra de la Nación Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Delegar en el doctor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**, jefe de la Oficina Asesora Jurídica 1045-15, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.953.861 de Bogotá, la función de primer poder general en representación de la Ministra de Educación Nacional a los abogados designados por la Fundación La Provocara S.A. para la defensa de los intereses de la Nación Ministerio de Educación Nacional en los procesos judiciales y conciliaciones de carácter judicial y extrajudicial que se promuevan en contra de la Nación Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el marco de la Ley 91 de 1988.

ARTICULO SEGUNDO: Cada tres (3) meses, el delegado deberá rendir informe por escrito a la Ministra de Educación acerca de la delegación.

ARTICULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá, D. C.

LA MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL

Maria Victoria Angulo González
MARIA VICTORIA ANGULO GONZALEZ

Resolución de la ministra de Educación Nacional, Bogotá, D.C., el 04 de marzo de 2019. Expediente No. 002029-04-MAR-2019. Documento No. 002029-04-MAR-2019-0001. Fecha de expedición: 04/03/2019. Fecha de firma: 04/03/2019. Fecha de publicación: 04/03/2019.



Ca312602688



Ca312602688



MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

№ 522



ACTA DE POSESION

En Bogotá, D. C., a los veintidós (22) días del mes de agosto de 2018, se presentó en el Despacho de la Ministra de Educación, el señor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.953.861 con el objeto de tomar posesión del cargo de **JEFE DE OFICINA ASESORA, CODIGO 1045, GRADO 15**, de la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional, nombrado con carácter ordinario mediante Resolución N.º 014710 del 21 de agosto de 2018.

PRESENTÓ LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS

- Cédula de Ciudadanía No. 79.953.861
- Libreta Militar No. 79953861
- Certificado Contratoría General de la República 79953861180731103059
- Certificado de Procuraduría General de Nación 113088797
- Certificado de Policía X
- Tarjeta Profesional COMPENSAR 145177
- Formulario de Aptitud expedido por X
- Formulario de Declaración de Bienes y Rentas SIGEP X
- Formulario de Vinculación Régimen de Salud X
- Formulario de Vinculación Administradora de Pensiones COOMEVA
- Formulario de Vinculación A.R.L. FORVENIR
- Formulario de Vinculación Caja de Compensación POSITIVA
- COMPENSAR COMPENSAR

En tal virtud prestó el juramento que ordena la Constitución Nacional en el Artículo 122 previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley.

Para constancia se firma la presente Acta por quienes en ella intervinieron:

Maria Victoria Angulo González
MARIA VICTORIA ANGULO GONZALEZ
MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL

Luis Gustavo Fierro Maya
LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA
POSESIONADO

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, Bogotá, D.C., el 22 de agosto de 2018. Expediente No. 002029-04-MAR-2019. Documento No. 002029-04-MAR-2019-0001. Fecha de expedición: 22/08/2018. Fecha de firma: 22/08/2018. Fecha de publicación: 22/08/2018.



{fidupreviSORa}

LA SUSCRITA REPRESENTANTE LEGAL DE FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.,

CERTIFICA:

Que el señor Luis Alfredo Sanabria Ríos, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.211.387, Registro Profesional No. 250.022, es el abogado designado por FidupreviSORa S.A., en calidad de abogado y Administrador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistero para la representación judicial y defensa de los intereses de FOMAG y del Ministerio de Educación Nacional en calidad de fiduciante del fondo.

Lo anterior, en virtud de la escritura pública No. 0083 de fecha 22 de junio de 1990 firmada en el despacho de la Notaría de la Oficina de Bogotá, mediante la cual se suscribió el contrato de fiducia mercantil establecido por la Ley 91 de 1989, entre el Ministerio de Educación Nacional en calidad de fideliocomente y Fiduciaria La Previsora S.A., en calidad de fiduciario, para la enajación y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistero y de conformidad con el Oficio del día 27 de junio de 2003, parágrafo Quinto, -contratación de la defensa del fondo, el cual en el sentido literal indica:

"Lo fiduciario asumirá a partir de la fecha de ejecución de la presente proroga la contratación de abogados por la defensa del fondo, de conformidad con el esquema que se acuerde entre esta y el Ministerio dentro de los quince (15) días siguientes al inicio de la ejecución de la presente proroga. Lo fiduciario informará al Ministerio sobre el caso, el nombre del personal, sus calidades, y la forma en que cada uno de ellos han sido contratados de la misma manera. Mantendrá informado sobre los gestiones judiciales que cada uno de ellos realice en el desarrollo de los servicios contratados."

El presente certificado se expide a los 21 días de mes de febrero de 2019, con vigencia al Ministerio de Educación Nacional.

DIANA ALEXANDRA PORRAS LUNA
Representante Legal
FIDUPREVISORA S.A.

34 NUBIA LINDA Y CUATRO
CIRILO DE BOGOTÁ D.C.
ELSA LUCY RAMÍREZ CASTRO
NOTARIA
REPUBLICA DE COLOMBIA



Ca312892886

NO 522

C312892886



Bogotá D.C. Cra. 27 No. 104-11 | Tel: +57 319 851 1111
E-mail: info@fidupreviSORa.com | www.fidupreviSORa.com
Cra. 27 No. 104-11 | Bogotá D.C. | Tel: +57 319 851 1111
Cra. 27 No. 104-11 | Bogotá D.C. | Tel: +57 319 851 1111
Cra. 27 No. 104-11 | Bogotá D.C. | Tel: +57 319 851 1111

FidupreviSORa S.A. NIT 866.123.144.4
Código Notarial y Expediente 01000271919
www.fidupreviSORa.com

REGISTRADO
AUTENTICADO
EJECUTIVO DE COLOMBIA

197817524PREVISORA

{fidupreviSORa}

VIOLADO

Bogotá D.C. Cra. 27 No. 104-11 | Tel: +57 319 851 1111
E-mail: info@fidupreviSORa.com | www.fidupreviSORa.com
Cra. 27 No. 104-11 | Bogotá D.C. | Tel: +57 319 851 1111
Cra. 27 No. 104-11 | Bogotá D.C. | Tel: +57 319 851 1111
Cra. 27 No. 104-11 | Bogotá D.C. | Tel: +57 319 851 1111

FidupreviSORa S.A. NIT 866.123.144.4
Código Notarial y Expediente 01000271919
www.fidupreviSORa.com

REGISTRADO
AUTENTICADO
EJECUTIVO DE COLOMBIA



República de Colombia

Página No. 7 522

A4057424718



Ca312892865

ESTA HOJA HACE PARTE DE LA ESCRITURA PÚBLICA NÚMERO: 522. QUINIENTOS VEINTIDOS.

DE FECHA: VEINTIOCHO (28) DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019) OTORGADA EN LA NOTARÍA TREINTA Y CUATRO (34) DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

Notario	Agustín Herrera
Centro	BOGOTÁ
Círculo	34
Notaría	34
Registro	34

Derechos notariales	Resolución No. 0691 del 24 de enero 2019	\$58.400.00
Gastos Notariales		\$70.200.00
Superintendencia de Notariado y Registro		\$ 6.200.00
Cuenta especial para el Notariado		\$ 6.200.00
IVA		\$24.624.00

LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA

C.C. 72.953.861

T.P. 145.197

DIRECCIÓN Calle 43 # 59-14 CANS

TEL. No 222800 ext. 1209

EMAIL afuquibadiv@mineducacion.gov.co

INDICE DERECHO

ACTIVIDAD ECONOMICA:
Obrando en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, con Nit. 898.989.001-7, actuando en su calidad de delegado de la MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL.
Firma tomada fuera del despacho según Decreto 214863 Artículo 12



Ca312892865

Modelo autorizado para uso exclusivo de las oficinas de escritura pública - No tiene costo para el usuario

NO 522

[Handwritten signature]



ELSA PIEDRA RAMIREZ CASTRO
NOTARIA TREINTA Y CUATRO (34) DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.
EN PROPIEDAD POR CONCURSO DE MÉRITOS

Número 34 - Bogotá
Casa 109 No. 14-35 P.BX. 7458177 7458112 7458110
E-mail: Notario@NOTARIA34BOGOTASANTAFELICITA.gov.co
Presario: Esperanza Moreno - 20100517

Modelo autorizado para uso exclusivo de las oficinas de escritura pública - No tiene costo para el usuario





NOTARIA TREINTA Y CUATRO (34) DEL CIRCULO DE BOGOTÁ D.C.
ELSA PIEDAD RAMIREZ CASTRO
CALLE 109 No. 15 - 55

0412892529



Esta hoja corresponde a la última de la Escritura Pública número **522 de fecha (28) DE MARZO de DOS MIL DIECINUEVE (2019)**, otorgada en esta Notaría Treinta y Cuatro (34) del Circulo de Bogotá, Distrito Capital. Es fiel y **PRIMERA (1ª)** copia tomada de su original la que expido en **NUEVE (09)** hojas útiles, debidamente rubricadas y validadas, con destino a

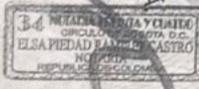
EL INTERESADO

Bogotá, D.C. 01 DE ABRIL DE 2019

ELSA PIEDAD RAMIREZ CASTRO
NOTARIA TREINTA Y CUATRO (34) DEL CIRCULO DE BOGOTÁ
D.C. EN PROPIEDAD POR CONCURSO DE MERITOS

Esbozo: ELK

[Handwritten signature]



Ca312892529

Costo en millones 05-12-18

15744144444444444444

[Faint handwritten signature]



Señora Juez

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

Referencia: 11001-33-35-016-2021-00310-00

Medio De Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Jenny Edith Hernández Salamanca

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria la Previsora S.A. – Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital

Asunto: Contestación de la demanda

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C., y portadora de la tarjeta profesional No. 342.450 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de **BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, (en adelante SED o mi representada), manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito contestar la demanda bajo las siguientes consideraciones:

A. Pronunciamiento frente a las pretensiones y declaraciones de la demanda

En cuanto a las pretensiones de la demanda, me opongo a la prosperidad de todas y cada una de ellas en los siguientes términos:

1.1. DECLARACIONES

1.1.1. DECLARACIÓN PRIMERA: Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DISTRITAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en todo caso, la sanción es asumida con los recursos provenientes de este Fondo, cuenta administrada por la Fiduprevisora S.A.

1.1.2. DECLARACIÓN SEGUNDA: Me opongo, pues la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece el Decreto 2831 de 2005, en relación con el procedimiento y el pago de prestaciones sociales de los empleados del fondo, por lo tanto, la competencia radica en la sociedad fiduciaria.

1.1.3. DECLARACIÓN TERCERA: Me opongo toda vez que la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C.**, no es la entidad encargada de realizar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio, por lo tanto, las mismas deben ser pagadas con los recursos del Fondo por ser la entidad encargada de su administración – Fiduprevisora S.A.

1.2. CONDENAS

- 1.2.1. DECLARACIÓN PRIMERA:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece el Decreto 2831 de 2005, en relación con el procedimiento y el pago de prestaciones sociales de los empleados del fondo, por lo tanto, la competencia radica en la sociedad fiduciaria.
- 1.2.2. DECLARACIÓN SEGUNDA:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada de realizar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio, por lo tanto, las mismas deben ser pagadas con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta que la **SECRETARÍA** realizó todas las gestiones descritas en el Decreto 2381 de 2005.
- 1.2.3. DECLARACIÓN TERCERA:** Me opongo toda vez que dicho acto es una responsabilidad asumida con los recursos provenientes de la entidad pagadora, esto es, la Fiduprevisora, a través del acto administrativo de reconocimiento que debe expedir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación.
- 1.2.4. DECLARACIÓN CUARTA Y QUINTA:** Me opongo toda vez que la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C.**, no es la entidad encargada de realizar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio, por lo tanto, las mismas deben ser pagadas con los recursos del Fondo por ser la entidad encargada de su administración – Fiduprevisora S.A.
- 1.2.5. DECLARACIÓN SEXTA:** Me opongo a la eventual condena en costas procesales y agencias en derecho invocado por la parte demandante y solicito se absuelva a la entidad que represento. Pido se condene en costas al demandante, incluyendo las agencias en derecho.

B. Contestación a la descripción de los hechos relacionados en la demanda

En cuanto a los hechos expuestos en el escrito de la demanda, me permito pronunciarme de los mismos en los siguientes términos:

HECHO PRIMERO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

HECHO SEGUNDO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

HECHO TERCERO: ES CIERTO. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

HECHO CUARTO: ES CIERTO. A través de la Resolución No. 6609 del 9 de julio de 2019 la Secretaría de Educación le reconoció a la docente Jenny Edith Hernández Salamanca la suma de \$22.540.479, por concepto de liquidación de Cesantías parcial.

HECHO QUINTO: NO ES CIERTO. El acto administrativo mediante el cual se le reconoció las cesantías parciales fue expedido en tiempo, toda vez que la solicitud de reconocimiento de cesantías fue presentado ante la entidad el 03 de julio de 2019 y la Resolución 6609 fue

expedida el 9 de julio de 2019, y notificada el 11 de julio del mismo año, sin que haya transcurrido los 15 días que exige la Ley.

HECHO SEXTO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

HECHO SÉPTIMO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

HECHO OCTAVO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD. El pago por concepto de liquidación de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C. Al existir dudas al respecto, deberán probarse en el presente proceso.

HECHO NOVENO: NO ES CIERTO. La petición mencionada en el presente hecho, no cuenta con la relación del número de radicación ante la entidad territorial, por consiguiente, no se reconoce lo dicho en el presente hecho.

HECHO DÉCIMO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD. El pago por concepto de liquidación de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C. Al existir dudas al respecto, deberán probarse en el presente proceso.

C. Razones 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:

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

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

3. Llevar los registro contables 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.

¹Posteriormente, la Ley 812 de 2003 dispuso que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentran vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido en las disposiciones vigentes a la fecha de expedición de la mencionada ley y los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrán los derechos pensionales establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

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

5. *Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.” (Negrilla fuera de texto)*

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.

“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.*

² 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

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de septiembre de dos mil 2017. Radicado: 73001-23-33-000-2013-00638-01 (1689-15).

- *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.

D. 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

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia 16 de agosto de 2018. Radicado 2016-1237-01 (2229-18).

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:

- I. 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.
- II. 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.
- III. 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.
- IV. 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.
- V. 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.
- VI. 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.

- VII. 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 EDUCACIÓN. 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” (Negrillas fuera del texto original)

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 recursos 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

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicado No. 17001-23-33-000-2013-00433-02. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

intervención alguna del ente territorial - secretaría de educación municipal. (Negrilla fuera del texto original)

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 párrafo 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 estemporáneo sea imputable a la entidad territorial.

En este sentido, en el proceso epígrafe se tiene que la actora presentó solicitud de reconocimiento de sus cesantías mediante derecho de petición radicado No. 2019-CES-770272 del 03 de julio de 2019 y mediante la Resolución No. 6609 se le reconoció las cesantías parciales, el cual fue expedido en tiempo, esto es, el 9 de julio de 2019, y notificada el 11 de julio del mismo año, sin que haya transcurrido los 15 días que exige la Ley.

Así las cosas, se encuentra que, aunque la Ley 1955 de 2019 estableció una posible responsabilidad del pago de la sanción moratoria en cabeza de la Secretaría de Educación cuando le sea imputable la culpa por el pago extemporáneo de las cesantías. En el presente asunto, la expedición y notificación de la Resolución que reconoció las cesantías fue tramitado dentro de los términos señalados en la Ley.

Bajo las anteriores consideraciones, se arrima a la conclusión que la Secretaría de Educación Distrital no sería la llamada a asumir las consecuencias jurídicas en una eventual sentencia condenatoria por la configuración de la sanción mora, si a ello hubiera lugar, razón por la cual se debe desvincular en el presente proceso a mi representada.

E. Excepciones

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

1. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Esta excepción tiene como fundamento los argumentos expuesto en el numeral anterior, relativo a las razones y fundamentos de defensa y los argumentos que se proceden a exponer:

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y para oponerse a las pretensiones.

Adicionalmente, vale la pena precisar que esta Corporación tiene determinado que el presupuesto procesal de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones, de hecho y material. i) *“La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva”*⁷; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

De esta manera, es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de encontrarse legitimado en la causa de hecho, no cuenta con legitimación en la causa material ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos en controversia, lo cual trae como consecuencia que las pretensiones formuladas están llamadas a fracasar pues el demandado no se encuentra en la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados al demandante.⁸

Bajo el anterior entendimiento, la legitimación en la causa material por pasiva implica que la Entidad que es demandada, es la que está llamada a responder y restablecer el derecho del demandante ante una eventual sentencia condenatoria al encontrarse probada la participación real en el hecho o el vínculo jurídico sustancial con los intereses que se encuentran en disputa.

En el presente asunto, el demandante pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía y en consecuencia, que se condene a la entidad al pago de la mencionada sanción. Sin embargo, la Secretaría de Educación del Distrito carece de legitimación en la causa material por pasiva frente a estas pretensiones en la medida que, de conformidad con la ley sustancial, esta entidad no guarda vínculo alguno con los hechos y derechos en controversia.

Al respecto, es necesario recordar que de acuerdo con la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, quien está llamado a responder por la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del personal docente es el Fomag. De esta manera, no existe vínculo o conexión de la Secretaría con los hechos y pretensiones alegados por el demandante, por cuanto es el Fomag quien tiene asignada la función y competencia para realizar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales del magisterio.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 07 de febrero de 2019. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00346-01(2174-15).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Radicado: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753).

Ahora bien, el Consejo de Estado⁹ ha sostenido en reiteradas oportunidades que, por regla general, la legitimación en la causa material constituye una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, el juez se encuentra en la posibilidad de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva durante el trámite de la audiencia inicial, salvo que no exista certeza frente a la configuración de la excepción de legitimación en la causa de hecho y material, por activa o pasiva, asunto que deberá entonces resolverse en sentencia luego de evacuado todo el periodo probatorio.

En el caso concreto, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos presentados en la demanda, se observa que existe certeza frente a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva para que pueda ser declarada, toda vez que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no es la entidad llamada a responder por los derechos que se encuentran en discusión, encontrándose el juez en la posibilidad de declarar esta excepción.

Así las cosas, la Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha asignado o transferido la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha prescrito, como lo es el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de estos dineros, en los que se incluye la discutida sanción moratoria.

Nuevamente, vale la pena resaltar lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 2018¹⁰, 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 anterior, la excepción propuesta está llamada a prosperar ya que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no cuenta con legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro de presente asunto, teniendo en cuenta que, quien debe reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

2. Genérica o innominada

Como todo proceso contencioso de carácter declarativo, pido respetuosamente al señor Juez que en caso de encontrarse acreditada alguna circunstancia liberaría del demandado proceda con su declaración.

F. Pruebas

Solicito se tengan como pruebas a favor de la parte que represento las siguientes:

1. Expediente administrativo.

⁹ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-00624-01(55575); Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 70001-23-33-000-2015-00013-01(55754); Auto del 13 marzo de 2017. Radicado: 25000-23-36-000-2015-00105-01(57357).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Radicado 2016-1237-01.

G. Anexos

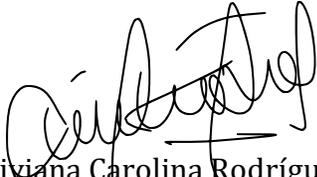
Anexo al presente escrito los siguientes documentos:

1. Poder especial conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.
2. Poder de sustitución.
3. Pruebas señaladas en el capítulo f del presente escrito.

H. Notificaciones

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo de notificaciones judiciales de la Entidad: notificajuridicased@educacionbogota.edu.co y a los correos de la suscrita apoderada carolinarodriguezp7@gmail.com y notificacionesjcr@gmail.com

Del honorable Despacho,



Viviana Carolina Rodríguez Prieto
Apoderada Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital
Celular: 3112720996