



20211183885681

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211183885681**
Fecha: **24-11-2021**

Señores
JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI
E. S. D.

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MAURENT ORTIZ MONTENEGRO
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG
RADICADO:	76001333301620210005500

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO abogada en ejercicio, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.022.390.667 y portadora de la tarjeta profesional No. 288.886 actuando en calidad de apoderada sustituta del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, conforme consta en el memorial poder de sustitución suscrito (Únicamente para la presente actuación) por el doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, abogado titulado, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., y portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292 del C.S. de la J., en su la calidad de **APODERADO GENERAL** de la mencionada entidad, en los términos señalados por la Escritura Publica No. 522 de 28 de marzo de 2019, otorgada por la Notaría treinta y cuatro (34) del Círculo de Bogotá D.C y aclarada igualmente por escritura No. 1230 de fecha 11 de Septiembre de 2019; por medio del documento me permito presentar contestación dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

I. A LOS HECHOS

AL HECHO 1: No es un hecho, es un parafraseo de la norma.

AL HECHO 2: No es un hecho, es un parafraseo de la norma.

AL HECHO 3: Es cierto.

AL HECHO 4: Es cierto.



AL HECHO 5: No es cierto, por cuanto las cesantías quedaron a disposición del demandante desde el día 9 de diciembre de 2019, conforme es precisado en el recibo bancario allegado como prueba con el escrito de demanda.

AL HECHO 6: No es un hecho, es un parafraseo de la norma.

AL HECHO 7: No es un hecho, es un parafraseo de jurisprudencia.

AL HECHO 8: No es cierto el hecho en mención, pues en el curso del proceso aún no ha sido probada la existencia de la sanción mora por los días referidos por la parte actora.

AL HECHO 9: No me consta tal manifestación, por lo que deberá probarse durante el transcurso del proceso.

II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones presentadas dentro de la demanda por carecer de sustento fáctico y legal, como se demostrará a continuación y así mismo solicito de manera respetuosa al despacho **ABSOLVER** a la **NACION- MAGISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de todo cargo.

DECLARATIVAS

A LA PRETENSIÓN 1: Me opongo a que se **DECLARE** la existencia de un acto ficto presunto y en consecuencia que se declare que el accionante tiene derecho al pago de sanción por mora a cargo de los recursos propios de mi representada, toda vez que, no es legalmente viable determinar que la culpa recae de manera directa en la entidad que represento ya que el ente territorial empleador tiene la responsabilidad de manera directa en el retraso de tiempo para el pago oportuno de las cesantías de conformidad con lo expuesto en la normativa vigente.

A LA PRETENSIÓN 2: Me opongo a que se declare que el accionante tiene derecho al pago de sanción por a cargo de los recursos propios de mi representada, toda vez que, no es legalmente viable determinar que la culpa recae de manera directa en mi representada, ya que el ente territorial empleador tiene la responsabilidad de manera directa en el retraso de tiempo para el pago oportuno de las cesantías de conformidad con lo expuesto en la normativa vigente.

CONDENATORIAS

A LA PRETENSIÓN 1: Me opongo a que se condene a la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la parte actora, toda vez que no existe en el proceso, sentencia judicial que declare la existencia de la mora, así como tampoco acto administrativo en el cual ordene el pago de algún dinero.

A LA PRETENSIÓN 2: Me opongo, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, por lo que no le asiste derecho al cumplimiento de la sentencia conforme al art. 192 del CPACA., más aún si en caso se llegare a proferir sentencia condenatoria, esta entidad cuenta con 10 meses para su cumplimiento.

A LA PRETENSION 3: Me opongo, por cuanto no existen conceptos a favor de la docente accionante que sean susceptibles de ajustes de valor.

A LA PRETENSIÓN 4: Me opongo, por cuanto no existen conceptos a favor de la docente accionante que sean susceptibles de intereses de mora.

A LA PRETENSION 5: Me opongo a la condena por concepto de costas y agencias en derecho, por cuanto mi representada ha actuado conforme a los mandatos legales y jurisprudenciales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DEFENSA

Sea lo primero advertir, que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 67¹ contempla la educación como un derecho a la persona y un servicio público que tiene una función social.

Así, mismo la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C 506 de 2006² indica que:

“Con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era consecuente que buscando establecer las responsabilidades en la cancelación de las prestaciones sociales de los docentes se diera claridad y unificara el régimen pensional en función del margen de configuración normativa que le asiste al legislador por la entrada en vigencia de una nueva ley, es decir, regulatoria de las situaciones futuras y bajo el respeto de las situaciones consolidadas”.

Ahora bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989, la cual en su artículo tercero señala que:

“Artículo 3º.- 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

¹ “Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.”

² Sentencia C 506 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Silva. Corte Constitucional.

generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”³

De acuerdo a la normativa previamente señalada, es imperioso resaltar que el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil⁴ fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

De otro lado, se tiene de manera concreta la estipulación que la normatividad ha realizado respecto del régimen prestacional a los educadores nacionales más concretamente el pago de las cesantías a lo que tienen derecho, de la siguiente manera:

Al respecto, el artículo 2º de la Ley 244 de 1995⁵, establece las formas de liquidación y plazos para el pago de las cesantías a que tienen derecho los maestros:

“ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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.”

Por otro lado, no se desconoce por parte de esta apoderada judicial la existencia de la Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Ivan Humberto Escruceña Mayolo. Sentencia que sostuvo:

(...) Por ser un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, la Sala concluye que en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza de las cesantías y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995,

³Ley 91 de 1989. (Diciembre 29) [Reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003](#). Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁴ Contrato de Fiducia Mercantil protocolizado en la escritura pública No. 83 del 21/06/1990. Suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora.

⁵ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas (...)

Descendiendo al caso que nos ocupa, y si la posición del despacho es la de acoger la sentencia antes mencionada, es claro indicar que la Ley 1071 de 2006⁶, en su artículo 5^o, expresa,

"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..."

Con el anterior pronunciamiento, se puede evidenciar que no reposa dentro del expediente prueba idónea que logre demostrar que la entidad incurrió en mora del pago de las cesantías definitivas, pues se estaba supeditado a que el acto administrativo quedará en firme y luego proceder a realizar dicho pago. Razón por la cual se deben despachar de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.

De tal suerte que las radicaciones de solicitudes de reconocimiento de prestaciones deben ser radicadas en la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial, de conformidad con la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este caso, el fondo es el que tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo, la expedición del acto corresponde a las secretarías de educación y por otro lado se encarga a una sociedad fiduciaria de la administración de los recursos del fondo, y pagar las prestaciones sociales.

Con lo cual, será la entidad Fiduciaria quien deberá proceder con los pagos prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva secretaria, previo el trámite legal para su concesión que compromete el reporte de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al respecto, debemos precisar que el Decreto 2831 de 2005⁷, consagró el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin realizar discriminación alguna respecto del tipo de prestación que se tramite por dicho procedimiento, quedando entonces las cesantías sujetas a aquel y excluidas por disposición expresa las primas contenidas en el parágrafo 2 de numeral 4 del artículo 15 de la misma ley.

⁶ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

⁷ por el cual se reglamentan el inciso 2^o del artículo 3^o y el numeral 6 del artículo 7^o de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.

En tal sentido, se encuentra que existe una diferencia entre los trámites contenidos en el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, sin embargo, en este tipo de asuntos se debe dar aplicación prevalente y preferencial al Decreto 2831 de 2005 por tratarse de una norma de carácter especial y de un procedimiento exclusivo.

Conforme a lo señalado, el pago se realiza cuando exista la disponibilidad presupuestal estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones de acuerdo con la disponibilidad presupuestal con la que cuente de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito, y esta sujeción, es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce el demandante, así como también en la falta de cumplimiento del ente territorial en las fechas estipuladas.

Se advierte igualmente, en estricto sensu que el principio de sostenibilidad financiera el cual es prioridad indispensable en un estado social de Derecho, teniendo en cuenta que es el eje fundamental para lograr un adecuado financiamiento del sistema del estado en general. La corte en múltiples oportunidad ha establecido que este principio tiene como característica principal *“que permite lograr la cobertura universal”*⁸, por ello y aterrizado al caso sub – examine si se llegará a configurar a mora solicitada así como también condena en costas y/o indexación se afectaría de manera directa las garantías del estado social de derecho con el cumplimiento de deberes a sus ciudadanos, tales como inversión de esos recursos en propiedades conexas con la vida e integridad de la comunidad en general.

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

En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determino que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

Ahora bien, respecto a la pretensión dirigida a la indexación de las condenas, se pone de presente al despacho que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con

⁸ Referencia: Expediente T-6.822.997. Acción de tutela presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- contra el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Sincelejo (hoy Juzgado Primero de Familia de Sincelejo). Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO. Fecha: Veinticinco (25) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01⁹ en lo relativo a la indexación de la sanción por mora, señalo expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora y para el efecto es preciso traer a colación lo que el máximo órgano de cierre en lo contencioso administrativo ha dado al fenómeno de indexación:

(...) Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos. (...)

En lo atinente a la compatibilidad de la sanción por mora con la indexación, el Consejo de Estado nos dejó las siguientes enseñanzas:

(...) A partir de lo anterior, es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria: i) La sanción moratoria se consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo, por lo cual, la disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador.

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

«La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, es una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.172»

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. (...)

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejo ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D. C. dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

Más adelante concluye:

(...) 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.” (...) (Subrayado fuera de texto original).

Siguiendo con la discusión, el artículo 187¹⁰ del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo asevera que las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor lo cual no debe ser aplicable al caso en concreto en vista que eso implicaría la indexación de la sanción por mora que valga reiterar, son incompatibles entre sí, aunado a que la mentada indexación se encuentra proscrita por vía jurisprudencial y hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues pasa por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior a dicho valor.

Así las cosas, y como último planteamiento jurídico - procesal de suma relevancia para el caso que nos ocupa en pro de la defensa de mi representada, se tiene que la Ley 1955 de 2019¹¹ en su artículo 57 parágrafo igual menciona que:

“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.”

Es decir que, dentro de la puntualización jurídica plasmada con antelación, se refleja la responsabilidad y obligación de pago de sanción mora al ente territorial que de manera extemporánea expide la Resolución que otorga la cesantía.

Siendo este eje fundamental para la toma de decisión de su Honorable Despacho, pues como se entrevé para el caso objeto de Litis, el ente territorial se extralimito en expedir

¹⁰ (...) **ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen. En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus. Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor. (...)

¹¹ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”

dicho acto administrativo a sabiendas que la normatividad otorgó el término de 15 días para su conducta, configurándose a todas luces la responsabilidad del pago de sanción por mora en el caso bajo estudio, siendo necesario el arrimo a este proceso de la Secretaría de Educación Territorial a la que se encuentra adscrito el accionante, para que reconozca dicho actuar y se decrete su falta a través de sentencia.

Así como también, la misma Ley plasmó:

“PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.
La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.”

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

Lo anterior, teniendo en cuenta que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO emitió el Decreto 2020 del 06 de noviembre de 2019, en el que se aprueba la emisión de dichos títulos.

DEL CASO EN CONCRETO

En el presente caso, debe vislumbrarse por el señor juez que no se desconoce el precedente jurisprudencial por parte de esta defensa judicial, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en el presente proceso no debe ser mi representada la llamada a responder por la eventual prosperidad de pretensiones del libelo introductorio. No obstante, lo anterior y sin que se considere allanamiento o aceptación de hechos y pretensiones, se ponen en manifiesto las siguientes precisiones;

FECHA DE SOLICITUD DE CESANTÍAS	15/08/2019
FECHA DEL RECONOCIMIENTO DE LAS CESANTIAS	22/08/2019
FECHA DE NOTIFICACION DE LA RESOLUCION DE REC.	27/08/2019

FECHA DE INICIO DE LA MORA	16/11/2019
FECHA DE PAGO CERTIFICADA (BANCO BBVA)	09/12/2019
DIAS DE MORA	23 DÍAS

EXCEPCIONES PREVIAS

1. NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS

El artículo 100 del Código General del proceso, aplicable analógicamente en materia contencioso-administrativa por remisión expresa de las disposiciones del Artículo 306 del CPACA, señala que se configura una excepción previa cuando no se integra el contradictorio. En lo que atañe a la integración del contradictorio el artículo 61 del CGP consagra la figura del litisconsorte necesario y el deber de su integración a la litis; lo que tiene como propósito procurar que se adopte una decisión de fondo e impedir que ella se vea truncada por la falta de comparecencia en la actuación procesal de quienes son indispensables, por cuanto la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos, ya por versar el proceso sobre relaciones o actos jurídicos que por su naturaleza o disposición legal no fuere posible hacerlo sin que concurren los sujetos de tales relaciones o de quienes intervinieron en dichos actos.

En la misma línea, Consejo de Estado, ha expresado:

(...) El litisconsorcio se presenta cuando uno o los dos extremos de la relación jurídico procesal está integrado por varios sujetos de derecho y puede ser facultativo, cuasinecesario o necesario. El litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente. El elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial material del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. El litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, defina expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un numero plural de sujetos”¹²(...)

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, exp. 15321. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

De acuerdo con lo expuesto por el poder jurisprudencial, es loable solicitar en esta instancia su señoría de manera respetuosa vincular al ente Territorial como litisconsorcio necesario por pasiva, en virtud del acto administrativo allegado con el demanda, pues se observa la necesidad de vincular al ente territorial en el presente proceso por incumplimiento de los términos otorgados de manera taxativa por la normatividad y más aun otorgando aplicabilidad a la reciente normatividad esto es Ley 1955 de 2019, la cual reza en su Artículo 57¹³:

“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.”

Es menester indicar que en el caso objeto de Litis se configura de manera directa y sin lugar a duda lo dicho por demora de expedición de acto administrativo que reconoce dicha cesantía, se solicita a su Honorable Despacho sea probada dicha excepción toda vez que la demora que configura sanción da inicio en el ente territorial, facultando a mi representada a solicitar la no acción consecutiva del presente proceso pues no estuvo en nuestro resorte la expedición de dicha Resolución.

Por ello y al tener de lo dispuesto se debe indicar que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios -FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En Ese orden de ideas, se tiene que es necesaria la comparecencia de la Secretaría de Educación territorial toda vez que de los hechos y pretensiones expuestos en el demanda se observa que esta tardó en dar respuesta a la solicitud elevada por la parte actora, con lo cual demoró todo el trámite administrativo que de él se decanta, haciendo que fuera aún más demorado el turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto, causando una afectación a las funciones que cumple la entidad a la que represento, siendo en este caso, que el ente territorial tendrá que responder por la falla administrativa que se causó, con la demora en expedir el acto administrativo, no obstante, su no comparecencia menoscabaría su derecho a la legítima defensa.

EXCEPCIONES DE MERITO

¹³ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”

Retomando lo señalado, es importante señor Juez advertir que las excepciones que se proponen a continuación intentan delimitar la controversia judicial en primer debate y salvaguardar los intereses de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD

Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso del demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

Dichos actos no gozan de vicios que lo ataquen de fondo o de forma, pues fueron expedidos en debida forma con todas las rituales que contempla la norma, sin que se pueda alegar su legalidad.

2. IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS

La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagó la obligación ajustada a los preceptos legales vigentes al momento del reconocimiento de la prestación principal, el pago efectivo extingue cualquier obligación accesoria.

Es necesario, precisar que para el caso en concreto no existen valores que fueren adeudados por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, sobre los cuales se debe aplicar corrección o valorización monetaria alguna.

Así mismo, cabe mencionar que de encontrar su señoría que le asistiera el derecho del reconocimiento de la sanción mora, esta pretensión no es subsidiaria de la indexación de las condenas, lo anterior, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado en los numerales anteriores, el cual, ha regulado que lo expresado en el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no le es aplicable en el caso en concreto, toda vez, que la indexación de la sanción mora, son inaplicables entre sí, dado que la misma pretensión principal es una sanción que se le causa al ente público, y no debe causarse una doble sanción sobre un mismo derecho.

Además, debemos precisar, que la indexación se encuentra proscrita por vía jurisprudencial y en tal sentido hace mucho más gravosa la situación económica de la administración, pues pasa por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetaria al momento del pago, sino que también supera el valor que se debiera cancelar, carga que le será excesiva para la administración.

3. CADUCIDAD

De acuerdo a esta excepción, es notable de acuerdo al No. 3 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁴ que no existe termino de caducidad en los actos fictos o presuntos y para el caso sub – examine es incierta la afirmación y pretensión de el accionante y su apoderado, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebrantaría el andar jurídico de ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de términos de acuerdo al artículo 136 No. 2¹⁵ de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendida en la presente.

En este orden de ideas, solicito en esta instancia su señoría que a petición de la suscrita o de oficio se solicite certificación donde conste o no contestación del derecho de petición de solicitud de pago de mora.

4. PRESCRIPCION

Sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por el demandante, se propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor de este y que de acuerdo con las normas quedará cobijado por el fenómeno de la prescripción, indicando que la misma consiste en la formalización de una situación de hecho por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la extinción de una obligación. Esto quiere decir que el derecho a desarrollar una determinada acción puede extinguirse cuando pasa una cierta cantidad de tiempo y se produce la prescripción.

Por su parte el artículo 151 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 DE 1948, dispone:

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. 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.

Por su parte el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA¹⁶, sostuvo:

¹⁴ "ARTÍCULO 136. Caducidad de las acciones. 3. La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo."

¹⁵ "ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones. 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, 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."

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA; Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16; veinticinco (25) de Agosto de dos mil dieciséis (2016) Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.

“... ”

En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política¹⁴ los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes.”

En este acápite es importante resaltar que la prescripción su señoría se debe contabilizar desde el día en que se solicitó las cesantías y luego del cumplimiento del día hábil siguiente indicado por la normatividad, es decir 65 o 70 días hábiles, teniendo en cuenta el caso concreto.

De lo anterior se intuye que se solicita la cesantía y se contabiliza el término que se tiene para el pago de ahí a partir del día siguiente o sea día 71 se contabiliza el término que tiene el docente para la reclamación del pago de su cesantía y no como se asevera desde el día en que se paga la cesantía. Pues la normatividad es de pleno conocimiento de los maestros y saben que solo se tiene 70 días hábiles para el pago de su cesantía si transcurre más tiempo y no reclaman el pago su actuación es dolosa para que se genere más cantidad de sanción mora, benéfica monetariamente para ellos.

5. COMPENSACIÓN – DEDUCCIÓN DE PAGOS

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

6. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación del hecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de estos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

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

7. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 1955 de 2019 parágrafo igual artículo 57¹⁷, en el cual se indica que *"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"* y como el caso objeto de Litis se configura de manera directa y sin lugar a dudas lo dicho por demora de expedición de acta administrativo que reconoce dicha cesantía, se solicita a su Honorable Despacho sea probada dicha excepción toda vez que la demora que configura sanción da inició en el ente territorial, facultando a mi representada a solicitar la no acción consecutiva del presente proceso pues no estuvo en nuestro resorte la expedición de dicha Resolución.

V. PRUEBAS

Solicito que se tenga como acervo probatorio las documentales aportadas en la demanda y que hagan referencia a mi representada.

VI. ANEXOS

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

VII. PETICION

Solicito que previo traslado para alegar de conclusión se profiera sentencia anticipada, teniendo en cuenta para ello que, en el presente asunto se reúnen los presupuestos contemplados por el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080.

En efecto, nótese que a la fecha no se ha evacuado la audiencia inicial, aunado al hecho que, las pruebas a decretar y practicar solo son documentales, sobre las cuales, es de resaltar, las partes no han manifestado reparo alguno, circunstancia por la cual, el despacho se encuentra facultado para proferir la sentencia que en derecho corresponda sin tener que agotar cada una de las etapas previstas en el artículo 179 Ibídem.

Sobre el particular, la norma en su parte pertinente reza:

“Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial: (...) c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento. (...)”

¹⁷ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”

Finalmente, resulta pertinente recordar que por regla general las leyes procesales se aplican en forma inmediata, salvo cuando han empezado a correr términos, o se han empezado actuación o diligencia conforme a la ley procesal derogada o modificada, luego el artículo 42 de la Ley 2080 cuya aplicación se invoca en el presente escrito, ya está rigiendo.

VII. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y t_gsierra@fiduprevisora.com.co

Del señor(a) Juez,

Cordialmente,



GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO

C.C. 1.022.390.667 de Bogotá

T.P. 288.886 del C. S. de la J.



Señores

JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
E.S.D.

PROCESO No. 2021-00055

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MAURENT ORTIZ MONTENEGRO.

DEMANDADO MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

LUISA VIVIANA MORENO MURILLO, mayor de edad, vecina de Cali, identificado con la C.C. No. 31.941.183, con T.P. No. 56.802 del C. S. de la J., actuando en calidad de Apoderada del Municipio de Santiago de Cali mediante poder debidamente otorgado por medio del presente escrito procedo a dar CONTESTACION en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I.A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y en consecuencia solicito amablemente al H. Magistrado, que previo el agotamiento del procedimiento respectivo, y analizadas las pruebas, se sirva absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, por las razones a saber:

1.- La SECRETARIA DE EDUCACIÓN en lo que toca con el reconocimiento de prestaciones sociales, solo cumple funciones administrativas, es decir, es un simple facilitador, luego, la secretaria ninguna injerencia tiene sobre los valores que por ley son reconocidos o descontados, pues, si bien la SEM tiene participación activa en las solicitudes y trámites de las prestaciones sociales de los Docentes, NO en las pretensiones invocadas, pues estas son competencia del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo a lo reglado en la ley 91 de 1989, razón por la que en esta causa se configura una falta de legitimación frente a la SECRETARIA DE EDUCACION DEL MUNICIPIO DE CALI.

La anterior posición se refuerza aún más si en cuenta se tiene que, este proceso se da con anterioridad a la expedición de la ley 1955 de 2019 (art. 29 cp. "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa" y el principio del efecto general de la ley en el tiempo por el cual se determina que la norma jurídica se aplica a todos los hechos que se produzcan durante su vigencia), y la SEM pese a ello cumplió con los términos que para el trámite de cesantías dispone esta norma -art. 57-.

En efecto, la entidad que represento tal y como lo afirma la apoderada, mediante resolución 4143.010.21.0.06184 del 22 de agosto de 2019 reconoció los pedimentos de la

demandante, en tanto que fueron reconocidas las cesantías solicitadas y, según información remitida por el grupo de prestaciones sociales, estos fueron los movimientos:

SOLICITUD DE CESANTIA: Petición con CES-788143, del 15 de agosto de 2019

SE EXPIDE RESOLUCION: 06184 del 22 de agosto de 2019.

NOTIFICACIÓN RESOLUCIÓN: 27 de agosto de 2019

SE ENVÍA PARA PAGO:11 de septiembre de 2019, con oficio27332

2.- La Ley 91 de 1989 reglamentada por el Decreto 2831 de 2005 es una norma especial que se aplica de manera prevalente a la Ley 1071 de 2006, así esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta respecto al pago de las cesantías para los docentes, lo que indica que respecto a la sanción por mora en el pago oportuno de las mismas, por ser una disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva a los docentes del sector público, al encontrar evidente que la Ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de aquellas y que dentro de su normatividad no se contempla la sanción que reclama la parte actora, por lo que debe concluirse que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

II. A LOS HECHOS

PRIMERO Y SEGUNDO: No son hechos. Son referencias textuales de los Art. 3 de la ley 91 de 1989 y parágrafo 2 del Art.15 de la ley 91 de 1989.

TERCERO, CUARTO Y QUINTO: Son ciertos.

SEXTO: no es un hecho, es una referencia textual del Art. 4 de la ley 1071 de 2006.

SÉPTIMO: no es un hecho, es una referencia jurisprudencial.

OCTAVO: Es parcialmente cierto toda vez, de existir una extemporaneidad, mora, en el pago d cesantías, esta no es atribuible a mi representada.

NOVENO: No es cierto que se haya configurado un el silencio administrativo por acto ficto o presunto, toda vez a través de la apoderada de la demandante se dio respuesta la solicitud de sanción moratoria, el día 27 de febrero de 2020, mediante Orfeo 202041430200016421 del 27 de febrero de 2020

Con todo, respecto de todos los hechos materia del litigio, me atengo a lo probado en las diligencias, y en consecuencia solicito se tengan en cuenta las siguientes precisiones:

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

La Ley 244 de 1995, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, señala en su artículo 1^o el cual fue subrogado por el artículo 4^o la Ley 1071 de 2006 los términos con que cuentan las entidades para dar respuesta a las solicitudes de liquidación de cesantías, bien sea definitivas o parciales en los siguientes términos:

"Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos Y/o requisitos pendientes".

Por su parte, el artículo 2º de la misma Ley 244 de 1995, que fue subrogado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, señaló el plazo máximo con que cuenta la entidad para cancelar las cesantías de la siguiente manera:

"Artículo 5º. Mora en el Pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir del 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".

De igual forma en cuanto a la mora en el pago de las cesantías, el párrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 anteriormente transcrito, señaló lo siguiente:

"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 éste"

Se advierte que la Ley 91 de 1989, modificada por el Decreto 2831 de 2005, norma que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en forma especial reguló lo atinente al reconocimiento y pago de las cesantías del sector docente, no contempló la nombrada figura de la sanción por mora.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que la Secretaría de Educación ejerce sus funciones siempre en cumplimiento de la Constitución Política y las Leyes, es por ello y en observancia de la normatividad que ampara a los docentes vinculados al servicio estatal, como es el asunto de la actora, que la Entidad ha acatado lo estipulado en la Ley 91 de 1989, y demás normas y Decretos propios al régimen especial del magisterio.

Es de tenerse en cuenta señor Juez el régimen especial de prestaciones sociales de los docentes, a través de la Ley 91 de 1989 fue creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada de administrar las prestaciones Sociales del personal afiliado a él, tal como lo regula el artículo 4º del citado compendio el que dice:

"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 20, 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".

Así mismo el citado ordenamiento en su Artículo 3 dispuso:

"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".

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A. Es una entidad eminentemente administradora y pagadora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con la Ley 91 de 1989.

La Secretaría de Educación procedió a cumplir con todos los protocolos que le corresponden, conforme al Decreto No.2831 del 2005, como es:

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

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

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.
5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de

prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

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

PARAGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y

penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

De acuerdo a lo anterior, se puede establecer que el Fondo NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es una cuenta especial de la Nación, consistente en un patrimonio autónomo sin personería jurídica, los recursos del FNPSM no forman parte del patrimonio de la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. entidad aquí demandada, toda vez que esta actúa como administradora de dichos recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con la Nación.

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A. Es una entidad eminentemente administradora y pagadora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con la Ley 91 de 1989.

La Secretaría de Educación Una vez aprobado el proyecto de acto administrativo de reconocimiento del pago prestaciones sociales del magisterio se suscribe el Acto definitivo debidamente numerado y firmado por el Secretario de Educación Municipal, la que fue notificada al demandante.

Una vez ejecutoriado y en firme se debe remitir copia del Acto Administrativo junto con su constancia de ejecutoriado para el respectivo pago, a la sociedad FIDUCIARIA encargada de los recursos del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, gestionó la solicitud del docente ante la entidad fiduciaria, como puede observarse frente al trámite legal de reconocimiento de anticipo de cesantías parciales, la Secretaría de Educación adelantó los mismos de acuerdo a su competencia, la cual realizó y remitió para el respectivo estudio a la entidad Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A, quien es la encargada finalmente de reconocer y pagar las cesantías, por consiguiente queda demostrado que la Secretaría de Educación no es la entidad pagadora. ésta sólo cumple las funciones administrativas de recepción y trámite, pues su función va hasta el proferimiento de los actos administrativos de reconocimiento V orden de pago de las diferentes prestaciones sociales, acatando lo dispuesto por la Fiduciaria, la SEM en el caso en comento, se basa en la hoja de remisión emitida por la entidad Fiduciaria, quien es la que hace el estudio y quien aprueba y paga las solicitudes de cesantías.

Conforme a lo anteriormente expuesto los docentes gozan de un régimen prestacional independiente de los demás servidores públicos, por lo que al demandante no le asiste el derecho a reclamar el pago de la sanción moratoria por cuanto de un lado a ella no se aplican las disposiciones que sobre el particular estatuyen la Ley 344 de 1996 y la Ley 244 de 1996, modificada por la Ley 1071 de 2006. Normas aplicables a la generalidad de los

empleados públicos y otro por cuanto tal como se indicó anteriormente el mismo artículo 13 de la ley 344 de 1996 determinó que sus preceptos no se aplican a quienes se encuentran amparados por la Ley 91 de 1989, la misma mediante la cual le fueron reconocidas las cesantías parciales al demandante.

Señor juez es importante anotar que los docentes que prestan sus servicios en entidades oficiales disfrutan de un régimen especial en materia de prestaciones sociales, respecto a la sanción moratoria solicitada por la demandante, la Corte constitucional ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común¹.

Así las cosas, se REITERA que la Ley 91 de 1989 reglamentada por el Decreto 2831 de 2005 es una norma especial que se aplica de manera prevalente a la Ley 1071 de 2006, así esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta respecto al pago de las cesantías para los docentes, lo que indica que respecto a la sanción por mora en el pago oportuno de las mismas, por ser una disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva a los docentes del sector público, al encontrar evidente que la Ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de aquellas para los docentes y que dentro de su normatividad no se contempla la sanción que reclama la parte actora, por lo que debe concluirse que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Su señoría por todo lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente, se denieguen las Pretensiones de la demanda.

EXCEPCIONES

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Hago consistir en que mi representada no es la entidad pagadora de las cesantías, pues esta solo cumple las funciones administrativas de recepción y trámite del pago de las cesantías, y es la entidad encargada de proferir los actos administrativos de reconocimiento y orden de pago de las mismas, no obstante, es la Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A, la entidad encargada de finalmente realizar el pago.

COBRO DE LO NO DEBIDO: a la demandante no se le adeuda valor alguno por sanción moratoria en el pago de las cesantías, como quiera que los docentes gozan de un régimen prestacional independiente de los demás servidores públicos, por lo que a la demandante no le asiste el derecho a reclamar el pago de la sanción moratoria por cuanto de un lado a ella no se aplican las disposiciones que sobre el particular estatuyen la Ley 344 de 1996 y la Ley 244 de 1996, modificada por la Ley 1071 de 2006. Normas aplicables a la generalidad de los empleados públicos y otro por cuanto tal como se indicó anteriormente el mismo artículo 13 de la ley 344 de 1996 determino que sus preceptos no se aplican a quienes se encuentran amparados por la Ley 91 de 1989, la misma mediante la cual le fueron reconocidas las cesantías parciales a la demandante.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION: No existe obligación por parte de mi representada en reconocer una sanción moratoria, sino se acreditan los requisitos legales para ello.

BUENA FE: Por cuanto la entidad que represento siempre ha actuado bajo criterios legales y constitucionales.

Sentencia C-928 del 2006.

IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR LO PRETENDIDO: Las obligaciones jurídicas tienen un fundamento en la realidad, ya que operan sobre un plano real. Lo imposible, jurídicamente no existe; y lo que no existe no es objeto de ninguna obligación; por tanto, la obligación a lo imposible no existe por ausencia de objeto jurídico. En el caso de autos, es claro que, para poder reconocer una sanción moratoria, debe haber un fundamento real, cual es el cumplimiento de los requisitos legales, mismos que no se encuentran acreditados.

INNOMINADA: Solicitar muy respetuosamente al momento de proferir sentencia, se sirva declarar de oficio todos los hechos exceptivos que sean advertidos y probados en el curso del proceso y que resulten favorables a la entidad que represento.

PRUEBAS

Como quiera que el presente asunto se trata de aquellos de pleno derecho, me atengo a las aportadas con la demanda por dos razones a saber: i) es a la parte demandante a quien incumbe probar el supuesto de hecho que alega, conforme lo dispone el CGP y ii) en virtud de la comunidad de la prueba.

Además de ello, me permito aportar, información suministrada por el grupo de prestaciones sociales.

ANEXOS

- Poder para actuar - copia de la escritura pública contentiva de dicho poder especial y de los documentos que prueban la elección y posesión del señor alcalde y el nombramiento y posesión de la directora jurídica de la entidad, trazabilidad de la cesantías, respuesta a la petición de sanción moratoria, posición del comité jurídico de la alcaldía.

NOTIFICACIONES

- Las del señor alcalde, se recibirán en el piso 9^o del Centro Administrativo Municipal CAM — Torre Alcaldía. Correo electrónico notificacionesjudiciales@cali.gov.co.
- El suscrito apoderado, en la Secretaría del Juzgado y el Centro Administrativo Municipal CAM - Torre Alcaldía piso 8^o. — Secretaría de Educación Municipal, correo electrónico personal: E-mail: luisa.viviana@hotmail.com Y luisa.moreno.@cali.gov.co

Sírvase señor juez reconocer personería para representar a la entidad.

Atentamente,

Luisa x Moreno

LUISA VIVIANA MORENO MURILLO
C C. 31.941.183 de Cali.

T.P. No. 56.802 del C. S. J.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia que las entidades demandadas y el Ministerio Público fueron notificados, del auto admisorio de la demanda, el día 2 de noviembre de 2021, conforme a lo dispuesto en el Art. 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Artículo 612 del C. General del Proceso.

Los 30 días del Traslado de la demanda conforme al Art. 172 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Art. artículo 48 de la Ley 2080 de 2021 corren desde el día 05 de noviembre de 2021 al 17 de enero de 2022.

El término para contestar la demanda venció el 17 de enero de 2022.

La entidad demandada, Nación-Ministerio de Educación-Fomag. el día 30 de noviembre de 2021, designó apoderada, contestó la demanda, aportó anexos y en su contestación formuló excepciones.

En el mismo sentido lo hizo el Municipio de Cali, el día 14 de diciembre de 2021, designó apoderada, contestó la demanda, aportó anexos y en su contestación formuló excepciones.

Por lo antes mencionado se procederá a correr traslado de las excepciones formuladas conforme a lo dispuesto en el Art.175 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el Art.201^a de la Ley 2080 de 2011.

ASUNTO : TRASLADO ART.175 Ley 1437 de 2011

La secretaria del Juzgado Dieciséis Administrativo Oral del Circuito de Cali, procede a fijar en lista de traslado las excepciones formuladas por las partes conforme a lo previsto en el artículo 175, parágrafo 2º de la Ley 1437 de 2011.

El anterior traslado queda a disposición de las partes **por el término legal de tres (3) días.**

Se fija en lista de traslado hoy 07 de abril de 2022, siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.).

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Karol Brigitt Suarez Gomez'.

KAROL BRIGITT SUAREZ GOMEZ

Secretaria