

Señores

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA
En Su Despacho

Ref.: Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Aura Estela Márquez Fandiño**
Demandado : **Nación– Ministerio de Educación Nacional–
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales
del Magisterio y Distrito Especial,
Industrial y Portuario de Barranquilla**
Radicación : **2020-00064**

1

Quien suscribe, **KARLA TATIANA SOTO CANTILLO**, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderada sustituta del **DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA**, tal como consta en el poder especial y de sustitución que anexo al presente escrito, atentamente y dentro del término legalmente establecido para ello, me permito descorrer el traslado de la demanda de la referencia y, en consecuencia, la CONTESTO, en los siguientes términos:

A LOS HECHOS:

PRIMERO: Si es cierto, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 2350 de fecha 30 de abril de 2015, por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva a una docente distrital del Sistema General de Participación.

SEGUNDO: No es cierto como esta expresado. Al respecto valga la pena aclarar, que si bien la **Resolución No. 2350 del 30 de abril de 2015**, fue suscrita por el Secretario de Educación del Distrito de Barranquilla, lo cierto es que éste no lo hizo en nombre de dicho ente territorial, sino, por expreso mandato legal, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; entidad que, a fin de cuentas, es legalmente la encargada del reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas por la demandante.

En consecuencia, la Secretaría de Educación Distrito de Barranquilla se limitó a elaborar y firmar el proyecto de acto administrativo, que previamente fue aprobado por la entidad fiduciaria que administra los recursos del FOMAG, siguiendo para tal efecto la reglamentación prevista para dicho trámite, en el Decreto 2831 de 2005. Se resalta entonces la fecha de emisión del referido acto, en la cual las disposiciones de la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y el decreto antes referido, resultaban plenamente vigentes.

TERCERO: No nos consta. La parte actora no aporta al plenario documentación tendiente a demostrar su decir.

CUARTO: No es cierto. De conformidad con el detalle de pago del 30 de septiembre del 2015 expedido por el Banco BBVA y aportado por la parte accionante en los anexos de la demanda, la antes mencionada fue la fecha de pago, mas no la de consignación, siendo que debe validarse el momento desde que los montos reclamados se encontraban a disposición de la parte accionante.

QUINTO: No nos consta por ser un hecho de terceros, no obstante sobre el particular vale anotar que si bien la demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria ante el FOMAG, mediante derecho de petición con fecha aproximada de entrega del 05 de febrero del 2018; lo cierto es que, según flete de la empresa de servicios postales 472 aportado en los anexos de la demanda, este fue finalmente entregado el 6 de febrero del 2018 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2

SEXTO: No nos consta, por referirse a un hecho de terceros, en los cuales mi mandante el Distrito de Barranquilla no se encuentra implicado, así las cosas, nos remitimos a lo que se demuestre en el plenario.

SÉPTIMO: No nos consta, por referirse a un hecho de terceros, en los cuales mi mandante el Distrito de Barranquilla no se encuentra implicado, así las cosas, nos remitimos a lo que se demuestre en el plenario. En todo caso, a partir de los anexos de la demanda, se evidencia que la accionante reitero su derecho de petición del 06 de febrero del 2018, mediante petición del 13 de abril del 2018.

OCTAVO AL DECIMO: No nos consta, por referirse a un hecho de terceros, en los cuales mi mandante, el Distrito de Barranquilla, no se encuentra implicado.

No obstante, en anexos de la demanda se evidencia los oficios mencionados (oficio 20181011272652 de fecha de 08 de mayo de 2018, oficio 20181010677761 de fecha 09 de mayo de 2018 y oficio 20181011944942 del 11 de julio de 2018) a los cuales se refiere la parte actora y a cuyo tenor literal nos remitimos a efectos de evitar imprecisiones.

DECIMO PRIMERO: Como se mencionó en los hechos anteriores, no nos consta, por referirse a un hecho de terceros, en los cuales mi mandante, el Distrito de Barranquilla, no se encuentra implicado. No obstante, en anexos de la demanda se evidencia los oficios 20191012356482 del 09 de julio de 2019 y oficio 20190871708101 del 24 de julio de 2019 a los cuales se refiere la parte actora y a cuyo tenor literal nos remitimos a efectos de evitar imprecisiones.

DECIMO SEGUNDO: No nos consta, por referirse a un hecho de terceros, en los cuales mi mandante, el Distrito de Barranquilla, no se encuentra implicado.

En todo caso, de haberse configurado una respuesta negativa a la petición de reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 para el caso de la actora, es menester precisar que la misma se encuentra bien denegada, por cuanto a ésta no le asiste derecho al reconocimiento de la sanción moratoria deprecada, por ser una afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) para quienes existe toda una legislación especial y distinta, para el reconocimiento y trámite de pago de las cesantías de los docentes oficiales; régimen que resulta a todas luces incompatible con el previsto en la Ley 1071 de 2006, por lo que debe preferirse entonces dar aplicación a la ley especial, esto es, las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario No. 2831 del mismo año vigentes para la época de los hechos.

3

DECIMO TERCERO: No se trata de un hecho sino de la transcripción de una norma jurídica. Sin embargo, se aclara que a la actora no le son aplicables dichas disposiciones, por ser una afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) para quienes existe toda una legislación especial y distinta para el reconocimiento y trámite de pago de las cesantías de los docentes oficiales; régimen que resulta a todas luces incompatible con el previsto en la Ley 1071 de 2006, por lo que debe preferirse entonces dar aplicación a la ley especial, esto es, las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario No. 2831 del mismo año vigentes a plenitud para la época de los hechos.

DECIMO CUARTO: No se trata de un hecho sino de la transcripción de un aparte jurisprudencial, el cual no resultaría aplicable al caso que nos ocupa. Como ya se indicó, la demandante, por ser una docente oficial afiliada al FOMAG, no le resultan aplicables los plazos previstos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por existir toda una legislación especial y distinta para el reconocimiento y trámite de pago de las cesantías de los docentes oficiales; régimen que resulta a todas luces incompatible con el previsto en la Ley 1071 de 2006, tal y como se explicará en mayor detalle más adelante. Adicionalmente el supuesto consignado en este hecho se refiere a asuntos sin decisión expresa, supuesto que no encaja con el presente, donde el FOMAG se pronunció puntualmente sobre el caso de la demandante.

DECIMO QUINTO Y DECIMO SEXTO: Aunado a que la actora no allega las documentales necesarias para validación de su decir tenemos que la contabilización de plazos y fechas determinadas por la demandante en este hecho no concuerda con los términos previstos y regulados expresamente, para la época de los hechos, en la norma que establece los trámites de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes afiliados al Fomag, entre ellas, las cesantías. Además, no existe certeza sobre el momento real en el cual el Fomag consignó las cesantías de la actora pues la fecha aducida es la de RETIRO, mas no la de CONSIGNACION.

En efecto, la ley especial aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fomag (Decreto 2831 de 2005), prevé un trámite más largo y complejo que el definido en la ley general (Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006); procedimiento en el cual interviene más de una entidad, para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, incluidas las cesantías.

Por tanto, dicha norma especial contempla: **(i)** un primer término de 15 días hábiles, desde la presentación de la solicitud por parte del docente, para que la Secretaría de Educación respectiva elabore el proyecto de acto administrativo y lo remita a la fiduciaria y; **(ii)** un segundo término, de otros 15 días hábiles, para que la fiduciaria estudie el proyecto y manifieste si lo aprueba o no, lo que finalmente nos da un término total de 30 días hábiles. Posterior a ello, según el artículo 5° del Decreto en mención, una vez aprobado el proyecto por la fiduciaria, el ente territorial certificado deberá expedir el acto de reconocimiento de las cesantías y proceder a notificarlo en los términos previstos en la Ley.

4

Así las cosas, resulta contrario a la lógica y además imposible, exigir en el presente caso que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de la demandante hubiere sido expedido dentro de un término de 15 días hábiles y que, además, dicha prestación fuere cancelada dentro de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006. Ello, por cuanto, como ya vimos, la norma especial que regula el trámite de reconocimiento de cesantías de los docentes afiliados al Fomag, **prevé un término mínimo de 30 días hábiles dentro de los cuales se surte el procedimiento entre el ente territorial certificado y la fiduciaria que administra los recursos del Fomag, entidad que finalmente procede a efectuar el pago de la prestación reconocida.**

DECIMO SEPTIMO: La afirmación que realiza la parte actora al presente hecho no guarda relación en lo aquí pretendido. Así las cosas, no se entiende la finalidad de hacer mención del grado de escalafón del docente reclamante.

DECIMO OCTAVO: Es cierto, de conformidad con formato de constancia de trámite conciliatorio extrajudicial administrativo REG-IN-CE-006 aportado en los anexos de la demanda; no obstante, debe estudiarse la excepción de caducidad, para todos los eventos en que ello resulte demostrado.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que éstas carecen de todo fundamento legal y jurídico, afirmaciones que se sustentan en que:

1. Es preciso indicar que el acto administrativo acusado se encuentra legal y constitucionalmente ajustado a derecho, en concordancia con las normas especiales aplicables al presente asunto, esto es, las contenidas en la Ley 91 de 1989, en la Ley 962 de 2005 y en el Decreto 2831 de 2005. Por tanto,

dicho acto no es pasible de ser anulado por el operador judicial que conoce del proceso aquí debatido, cuando frente al mismo no se materializó ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA. Acto administrativo que además, no fue expedido por mi mandante, ante quien no se agotó solicitud previa.

2. Las cesantías de los docentes oficiales afiliados al Fomag, así como el trámite para su reconocimiento y pago, cuentan con una regulación especial contenida en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario 2831 del mismo año; regulación que resulta incompatible con la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por lo que en el presente asunto debe darse aplicación a la regla de interpretación jurídica, contenida en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, según la cual *"La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general"*.
3. La Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla cumplió con todo el trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005, plenamente vigente para la época de los hechos, el cual consagra para el reconocimiento de las cesantías de los docentes oficiales afiliados al Fomag, unos términos y plazos totalmente distintos a los previstos en la ley de carácter general, es decir, la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. De tal suerte que, a la actora no le asiste la razón al pretender que se le cancele una sanción moratoria con relación a los términos y disposiciones establecidas en la Ley 1071 de 2006, ya que, para su caso concreto, las normas especiales que se deben aplicar no contemplan la viabilidad o pago de la sanción por mora deprecada con su demanda.
4. Sin perjuicio de lo dicho, mi mandante no se encuentra legitimado por pasiva dentro del presente proceso para fungir como responsable u obligado al pago de la supuesta sanción por mora pretendida por la demandante, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y en el numeral 1 de la Ley 91 de 1989, todo pago de las prestaciones sociales de un afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), le corresponde efectuarlo al citado fondo por medio del administrador de los recursos de aquel. En consecuencia, en el evento en que se llegase a determinar la procedencia de la sanción moratoria pretendida, el único llamado a responder por dicha acreencia sería el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de su ente administrador, Fiduciaria La Previsora S.A.
5. Pese a que la secretaria de educación distrital proyectó y suscribió la **Resolución No. 2350 del 30 de abril de 2015**, por medio de la cual se reconocieron las cesantías definitivas de la actora, lo cierto es que ésta Secretaría solo actuó en **nombre y representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, vale decir, en razón de las funciones de gestión que le fueron asignadas por disposición expresa

del artículo 3 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005. Norma que, al haber sido aplicada por mi mandante, en consonancia a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, pone en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a su vez, del ente administrador de sus recursos (Fiduciaria La Previsora S.A), la responsabilidad directa de aprobar el proyecto de acto administrativo que expediría mi poderdante en su nombre y representación, esto es, en lo referente al reconocimiento de sus cesantías.

6. En el presente se encuentra configurada excepción de falta de agotamiento de sede administrativa y violación al principio de la decisión previa al no haber presentado la demandante solicitud en los términos hoy expuestos en la demanda, ante mi mandante.

6

Por las anteriores razones solicito a usted, señor(a) Juez, con el respeto y consideración que merece, se sirva desestimar todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda, con fundamento en la siguiente:

FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA DEFENSA

1. A LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, NO LE SON APLICABLES LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 1071 DE 2006, HECHO POR EL QUE LA SANCIÓN MORATORIA PRETENDIDA ES IMPROCEDENTE.

Como primera medida, debemos señalar que, en el caso que nos ocupa no hay lugar al reconocimiento de la sanción por la supuesta mora en el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante **Resolución No. 2350 del 30 de abril de 2015**, puesto que el régimen prestacional especial bajo el cual se encuentran cobijados todos los docentes afiliados al Fomag, como lo es la demandante, difiere sustancialmente del régimen general con base al cual éste sustenta su pretensión de pago de la sanción moratoria en comento.

En efecto, las cesantías de los docentes oficiales afiliados al Fomag, así como el trámite para su reconocimiento y pago, cuentan con una regulación especial contenida en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario 2831 del mismo año; regulación que resulta incompatible y totalmente opuesta a la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por las razones que se pasan a explicar.

La Ley 1071 de 2006, establece los siguientes plazos para el trámite de reconocimiento de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos en general:

"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 que tenga a su

cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

"Artículo 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."

En oposición, el régimen especial aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fomag, determina unos plazos totalmente distintos y mucho más amplios para surtir el trámite de reconocimiento de las prestaciones sociales que se encuentran a cargo de dicho fondo, incluidas las cesantías, bien sean parciales o definitivas. Así, el Decreto 2831 de 2005 reglamentario de la Ley 91 de 1989 y del artículo 56 de la Ley 962 de 2005, en sus artículos 3º al 5º dispone expresamente el siguiente trámite:

7

"ARTÍCULO 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º 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 petionario 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. Prevía 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. (...)"

"ARTÍCULO 4°.Trámite de solicitudes. *El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*

"Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

"ARTÍCULO 5°. Reconocimiento. *Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley." (Subrayado y negrita fuera de texto)*

8

Como se puede observar, por un lado, la ley general (Ley 1071 de 2006) señala un trámite breve y sencillo, vigente para la época de los hechos, según el cual la entidad empleadora cuenta con 15 días hábiles, desde la presentación de la solicitud por parte del servidor, para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías. Una vez ejecutoriado el acto, la entidad cuenta con el término de 45 días hábiles para efectuar el pago. Valga aclarar que dentro de este trámite solo interviene una entidad, que es la misma encargada de reconocer y pagar las cesantías.

Por el contrario, la ley especial aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fomag (Decreto 2831 de 2005), prevé un trámite más largo y complejo, en el cual interviene más de una entidad, para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, incluidas las cesantías. Por tanto, dicha norma especial contempla: **(i)** un primer término de 15 días hábiles, desde la presentación de la solicitud por parte del docente, para que la Secretaría de Educación respectiva elabore el proyecto de acto administrativo y lo remita a la fiduciaria y; **(ii)** un segundo término, de otros 15 días hábiles, para que la fiduciaria estudie el proyecto y manifieste si lo aprueba o no, lo que finalmente nos da un término total de 30 días hábiles. Posterior a ello, según el artículo 5° del Decreto en mención, una vez aprobado el proyecto por la fiduciaria, el ente territorial certificado deberá expedir el acto de reconocimiento de las cesantías y proceder a notificarlo en los términos previstos en la ley.

Así las cosas, resulta contrario a la lógica y además imposible, exigir en el presente caso que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de la demandante hubiere sido expedido dentro de un término de 15 días hábiles y que, además, dicha prestación fuere cancelada dentro de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006, toda vez que, como ya vimos, la norma especial que regula el trámite de reconocimiento de cesantías de los docentes afiliados al Fomag prevé un término mínimo de 30 días hábiles dentro de los cuales se surte

el procedimiento entre el ente territorial certificado y la fiduciaria que administra los recursos del Fomag, entidad que finalmente procede a efectuar el pago de la prestación reconocida.

Por tanto, a diferencia de lo señalado en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que para nuestro caso, no resultan aplicables las disposiciones contenidas en dichos compendios normativos, entre ellas las relacionadas con el pago de una sanción por mora en el pago de cesantías parciales o definitivas de un servidor, pues sin dificultad alguna se observa que los docentes afiliados al FOMAG, poseen un régimen especial que en nada contempla tal sanción a su favor; régimen que ni fue modificado por las leyes antes mencionadas, ni remite por analogía a la aplicación de dichas normas para nuestro caso.

9

En virtud de lo anterior, para resolver el presente asunto el juzgador debe dar aplicación a las normas que rigen las pautas de interpretación jurídica según las cuales no es posible que, en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, una norma general posterior derogue una norma especial anterior, debiéndose preferir, en caso de contradicción entre una y otra, la norma de carácter especial.

Dicho criterio se encuentra consagrado en nuestra legislación en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887 y en el artículo 5° de la Ley 57 de ese mismo año, principios que han sido ratificados en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional, como, por ejemplo, en la sentencia C-005 de 1996, en que indicó:

"El artículo 5° de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3° de la Ley 153 de 1887 y 5° de la Ley 57 del mismo año." (Subrayado fuera de texto).

A su turno, mediante sentencia del 14 de abril de 2010, dentro del proceso de radicación 44001-23-31-000-2000-00522-03 (27781) el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

"Lex posterior generalis non derogat priori speciali" y "legi speciali per generalem non derogatur" son aforismos antiquísimos que enuncian el principio universal de derecho de que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que complementan la conocida regla de prevalencia. De allí que la doctrina contenida en aquellas fórmulas jurídicas se pueda sintetizar así: la ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en

cuanto se refiere a una materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera (...)¹ (subrayado fuera de texto original).

Sumado a lo anterior, tenemos que tampoco resultaría procedente aplicar la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en la medida en que, de acuerdo al principio de legalidad y tipicidad de las sanciones, no es posible extender analógicamente la aplicación de una sanción a asuntos ajenos al objeto de su competencia. Por lo que avalar el criterio sustentado por la demandante, de aplicar la mencionada sanción por mora contemplada en la Ley 1071 de 2006 al caso de un afiliado al FOMAG, cuyo régimen especial (Ley 91 de 1989 y Decreto 2831 de 2005) no contempló ni avaló la aplicación de dicha penalidad, implicaría quebrantar todas las normas de interpretación jurídica vigentes y dar una aplicación extensiva a una norma que consagra una sanción.

10

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-1039 del 5 de diciembre de 2006, M.P: Dr. Humberto Sierra Porto señaló que:

"En efecto, en reiteradas ocasiones esta Corporación ha sostenido que en el ámbito del derecho sancionador –del cual como antes se sostuvo hace parte el derecho disciplinario- no cabe la interpretación y aplicación extensiva de las disposiciones que consagran las faltas. Así, por ejemplo, en la sentencia T-1285 de 2005, con ocasión de una tutela interpuesta por un congresista en contra de la interpretación extensiva de una causal de paridad de investidura sostuvo esta Corporación:

*"De acuerdo con los principios que rigen el debido proceso, de legalidad y tipicidad, sólo es posible derivar la falta y la sanción de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, siendo importante resaltar que las causales de pérdida de investidura no pueden ser de creación jurisprudencial **pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica** (negrillas añadidas) (...)"*

Así mismo el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en un pronunciamiento reciente ha indicado:

*"Se recuerda que cuando se trata de aplicar sanciones como la moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 la interpretación de las mismas es restrictiva y por tanto no se permiten analogías."*²

En suma, teniendo en cuenta todo lo esbozado en líneas precedentes, para el presente caso podemos concluir que:

- (i) Para el caso concreto de la demandante, no es posible aplicar las normas contempladas en la Ley 1071 de 2006 con base a las cuales sustenta las súplicas de su demanda, en tanto que la Ley 91 de 1989 y su Decreto

¹ Consejo de Estado sentencia de 30 de enero de 1968.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de abril de 2016. C.P.: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad.: 19001233100020100020001.

Oficinas principales: PBX: (575) 3100 460 al 468 – 3692 192 | Calle 77B No. 57-103, piso 21, Edificio Green Towers, Barranquilla, Colombia. Oficina en Bogotá Calle 67 # 4 -21 piso 3. Oficina Medellín Carrera 43 # 9 Sur – 135, Oficina 1440. Oficina Cartagena Calle 31 A No 39-206, Barrio Alcibia

reglamentario 2831 de 2005 (normas anteriores especiales) establecieron el trámite para el reconocimiento de sus correspondientes prestaciones sociales, incluido el pago de sus cesantías. Normas que por ser especiales, sin importar que sean anteriores a la Ley 1071 de 2006, se deben aplicar con preferencia a la norma antes comentada (posterior general).

- (ii) Que así mismo, no es viable conceder la sanción moratoria pretendida, en la medida en que dicha figura debe su naturaleza a una sanción específicamente contemplada para los casos regulados por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006; sanción que no es posible aplicar analógica o extensivamente al régimen especial de los docentes oficiales afiliados al FOMAG.

11

Por tanto, queda claro que las súplicas de la demanda que nos ocupa carecen de todo sustento legal para ser concedidas, sobre todo, **cuando así lo definió el Consejo de Estado al analizar este mismo tipo de casos, ya que, ratificando todos los argumentos indicados con anterioridad, mediante sentencia del 19 de enero de 2015 [Rad: 73001-23-33-000-2012-00226-01 (4400-13)], con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló:**

"Como se observa (i) se trata de un procedimiento administrativo especial exclusivamente aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (ii) que implica el desarrollo de competencias compartidas entre diversas entidades, pues conlleva el despliegue de actividades y trámites tanto por parte de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, como por la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, en este caso la Fiduciaria La Previsora S.A., y (iii) cuyos términos son diversos y más amplios que los previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los demás servidores públicos.

*"Atendiendo al principio de especialidad normativa, consagrado en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887³, **no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes últimamente referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005) son diversos.***

*"Vale decir, **no es razonable exigir a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A. el cumplimiento de los términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes, por cuanto para tal efecto existen normas que contienen un***

³ "1º). La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

procedimiento administrativo especial, con términos diversos y más extensos y en las cuales no se previó expresamente sanción moratoria alguna.

"En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, tampoco es posible aplicar las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 del mismo año, para los efectos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y al mismo tiempo pretender el cobro de la sanción por mora en la cancelación de dicha prestación con fundamento en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues, se reitera, se trata de regímenes diversos, dirigidos a distintos destinatarios.

"4.3.- Finalmente debe la Sala advertir que la Ley 1071 de 2006 no derogó el procedimiento administrativo especial previsto en el Decreto 2831 de 2005 para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no resulta válido afirmar que en el ámbito de aplicación señalado en el artículo 2º de aquella ley estén incluidos los docentes". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

12

Ahora bien, como si no bastase lo señalado con anterioridad, debemos señalar que la posición de marras ha sido respaldada en diferentes ocasiones por otros Tribunales Administrativos y por el mismo máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal como se lee en los casos que señalo a continuación:

"Para el caso concreto, se tiene que la señora MARTHA LUCÍA HENAO LÓPEZ mediante petición radicada el día 26 de marzo de 2012 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías definitivas, las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución No. 01721 del 9 de febrero de 2011, notificada el día 17 del mismo calendario, y efectivamente pagadas el día 19 de septiembre de 2011, en aplicación de los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

"Ahora, tal como se ha venido argumentando, para el caso de la demandante, teniendo en cuenta su calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las normas especiales, y por tanto prevalentes, que regulan el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentran a cargo de dicho fondo, son las establecidas en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005, **siendo que en dichas disposiciones no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, de lo cual se concluye que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento deprecado.**

"De igual manera, como ya se explicó, el procedimiento estipulado en las normas precitadas no depende únicamente de la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues en dicho procedimiento concurre igualmente la Secretaría de Educación del ente territorial certificado a cuya planta pertenece el docente, en cuanto es a quien le corresponde elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones y suscribir el acto administrativo definitivo, y por otra parte, le corresponde a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del fondo, emitir aprobación del proyecto de acto

*administrativo y efectuar el pago respectivo de la prestación una vez reciba la copia del acto administrativo definitivo de reconocimiento, siendo que para el caso concreto, ni siquiera es posible determinar, en gracia de discusión, cuál de las entidades involucradas en el procedimiento referenciado fue la que incurrió en mora respecto a los términos fijados en el Decreto 2831 de 2005, siendo este un argumento adicional para fundamentar la inaplicabilidad de la Ley 244 de 1995 para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*⁴. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

- Sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por Lina Marcela Correa Díaz. Rad: 05-001-33-33-024-2013-00142-01:

"Probado como se encuentra que la señora Lina Marcela Correa Díaz tiene la calidad de docente al servicio del Estado, para efectos del trámite y reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como la cesantías.

*"En consecuencia, según la normatividad ya analizada, puede encontrarse que la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 son **normas de carácter general**, que reglamentan el pago de las cesantías definitivas y parciales a los servidores públicos, establecen sanciones y fijan los términos de cancelación de dicha prestación y que la Ley 91 de 1989 reglamentada por el Decreto N° 2831 de 2005 **son normas especiales** que regulan de manera concreta y específica el reconocimiento y pago de las cesantías en el caso de los docentes.*

"Por lo tanto, establecida la diferenciación anterior entre las normas de carácter general y especial, se debe reiterar 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 cesantías, 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 las cesantías para los docentes y que dentro de su normatividad no se contempla la sanción que reclama la señora Lina Marcela Correa Díaz, por lo que debe concluirse que las pretensiones de la actora no están llamadas a prosperar, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia, fechada el día 10 de diciembre de 2013 proferida por el Juzgado Veinticuatro Administrativo Oral del Circuito de Medellín, por medio de la cual accedió a las pretensiones en el presente proceso".

- Sentencia del 5 de julio de 2012. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00947-00.

⁴ Sentencia del 28 de noviembre de 2014. Tribunal Administrativo De Antioquia. Sala Segunda de Oralidad. M.P: Gonzalo Zambrano Velandia. Rad: 05001333302420120043101.

"De la demanda conoció en primera instancia el Juzgado Quinto (5°) Administrativo del Circuito Judicial de Cali, quien, a través de sentencia de 26 de septiembre de 2011, resolvió negar las súplicas de la acción.

"Interpuesta oportunamente la alzada, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia del 10 de abril de 2012, confirmó la decisión de primera instancia.

*"Inicialmente, procedió el Tribunal a determinar si el marco legal aplicable a las cesantías de los docentes se concretaba en la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, o si por el contrario, era procedente acudir al régimen previsto en la Ley 1071 de 2006 que reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, identificando a partir de sus contenidos, que la Ley 91 señaló con precisión el régimen legal de las cesantías de los docentes, siendo entonces ésta una norma especial, mientras que la Ley 1071 contiene regulación de carácter general.
(...)*

"De conformidad con lo expuesto, considera esta Sala que las providencias censuradas por esta vía constitucional contienen una carga argumentativa razonable, y que no es posible predicar de ellas la vulneración iusfundamental alegada por el petente. En efecto, se observa que los jueces de instancia acataron plenamente las normas que rigen el asunto, las pruebas allegadas, y desataron el problema jurídico puesto a su consideración, con base en los lineamientos jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado, en su condición de máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

"Tampoco se puede predicar de la sentencia atacada un desconocimiento injustificado del sistema de precedentes verticales emanados del Consejo de Estado, pues aunque la accionante hace alusión a dos fallos proferidos por las Subsecciones "A" y "B" de esta Corporación, éstas no configuran por sí mismas precedente, teniendo en cuenta que no realizaron una interpretación del ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 y ni fijaron una posición unificada en el tema".

2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE MI REPRESENTADA: EL DISTRITO NO ES EL ENTE LLAMADO A RESPONDER FRENTE A LA SANCIÓN MORATORIA DEPRECADA POR LA DEMANDANTE.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos manifestar que, en todo caso, mi representada no es quien debe fungir como demandada dentro del proceso de la referencia y, mucho menos, a quien debe endilgarse responsabilidad alguna frente a la discusión de los derechos deprecados por la actora, pues tal y como pudo advertirse en los hechos de esta contestación, el único responsable de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, lo cual incluiría la sanción moratoria solicitada por la demandante, en caso de ser procedente, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), o en su defecto, su ente administrador, esto es, la Fiduciaria la Previsora S.A.

Frente a ello, ha de tenerse en cuenta que el Distrito es un ente completamente diferente a los organismos antes mencionados, aquellos que de conformidad a las normas legales que integran el régimen prestacional que le es aplicable a la demandante, son los verdaderamente responsables del reconocimiento y pago efectivo de las prestaciones económicas del mismo, incluida la reconocida mediante la **Resolución No. 2350 del 30 de abril de 2015** y la pretendida en el seno del presente litigio.

En cuanto a ello, se tiene que uno de los objetivos principales del citado Fondo Nacional de Prestaciones, se ciñe a la materialización del pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, tal y como se estableció en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, que dice:

"Artículo 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

"1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado..."
(Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Así mismo, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, indicó:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial". (Subrayado fuera de texto original).

De lo anterior se colige entonces que, la obligación del pago de las prestaciones sociales de un afiliado al FOMAG, como lo es la demandante, no corresponde al ente territorial en el cual ésta presta o prestó servicios, sino más bien, al fondo de prestaciones al que pertenece o, en su defecto, a su ente administrador, por lo que no correspondiéndole la obligación de pago a mi representada, tampoco le resulta atribuible responsabilidad alguna frente a las pretensiones de cualquier demandada que por dicho motivo pudiera impetrarse.

Por otra parte, el mismo Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha corporación, mediante concepto de Radicación No. 1423 del (23) de mayo de 2002 [Consejero Ponente: Dr. Cesar Hoyos Salazar], se refirió al tema que aquí se aduce, señalando entre otras consideraciones, que:

*"Por último, cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; **y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.**".*

(...)

Concepto en el que más adelante se aclaró:

"A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil". (Negrilla y Subrayado fuera de texto original).

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Atlántico en reciente providencia del 29 de marzo de 2017, proferida dentro del proceso de radicación 08-001-33-33-004-2014-00160-01 promovido por la señora Yomaira Ariza Pacheco contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Municipio de Soledad, señaló:

16

*"...Al respecto, el H. Consejo de Estado ha indicado que si bien la ley 962 de 2005 establece un procedimiento en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece el docente petionario y la respectiva sociedad fiduciaria, **no lo es menos que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en ultimas el legislador en el Art. 56 de la ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales**⁵.*

"Acorde con lo anterior, no hay duda de que la entidad encargada del reconocimiento pensional es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indistintamente que en el procedimiento administrativo para la expedición del acto administrativo que disponga tal reconocimiento haya intervenido la Secretaría de Educación de la entidad territorial a la cual prestó sus servicios la docente, elaborando y remitiendo el proyecto de acto de reconocimiento con destino a la fiducia encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo.

*"En virtud de todo lo anteriormente expuesto, es factible concluir que la demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación pensional todos los factores devengados durante el último año de servicios. **Sin embargo, esa obligación corresponde únicamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual habrá de modificarse la decisión de instancia y de esa forma excluir al Municipio de Soledad de los cargos presentados en la demanda.**"* (Subrayado y Negrita fuera de texto)

Así las cosas, teniendo claro que contrario a lo pretendido por la actora, la demanda presentada está indebidamente dirigida en contra de mi representada, es menester concluir que no le asiste la razón a sus pretensiones cuando deprecia frente al Distrito de Barranquilla, el pago de la sanción moratoria por el supuesto

⁵ Sentencia de 23 de septiembre de 2015. Consejo de Estado. Exp. 73001-23-31-000-2012-00336-01 M.P Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

pago tardío de sus cesantías parciales, pues éste último no es el responsable de asumir ni el pago de dicha prestación ni la representación judicial en litigios en los que se debata el cumplimiento de un deber propio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y/o de la entidad administradora de los recursos de dicho fondo (Fiduciaria la Previsora S.A.).

3. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

En la medida en que todo acto administrativo goza de una presunción de legalidad, corresponde a la demandante desvirtuarla. No obstante, la parte actora no planteó ningún argumento valedero que desvirtúe dicha presunción y, dentro del concepto de la violación, no establece de forma clara y concisa, como debería hacerlo, en qué consiste la supuesta violación del orden jurídico que esta alega, ni aporta pruebas que sustenten la causal de nulidad alegada.

17

Como es bien sabido, la jurisdicción administrativa se ha definido por la jurisprudencia y la doctrina como de justicia rogada, de manera que la demandante debe exponer de manera clara y concreta las causales de nulidad, esto es en el concepto de la violación, en las que supuestamente incurrió la administración en la expedición del acto administrativo, para así poder solicitar al juez administrativo que anule dicho acto. De no hacerlo, tal como efectivamente ocurre en el presente caso, no existe razón en la cual se pueda fundar una posible anulación de los actos administrativos proferidos por mi representada, objeto de análisis en el presente proceso y el Juez debe dictar un fallo inhibitorio en ese sentido.

EXCEPCIONES

Sin que ello constituya una aceptación de los hechos de la demanda, presento ante usted las siguientes excepciones:

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Tal y como vimos en los argumentos planteados en esta contestación, el Distrito de Barranquilla es una entidad completamente independiente al ente responsable de la aprobación y pago de las prestaciones sociales que deben ser reconocidas a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), tal como acontece en éste caso con relación a las pretensiones de la parte actora. De allí que, deba entenderse que mi representada no tiene legal ni contractualmente responsabilidad solidaria o subsidiaria con dicho fondo, y menos, con la entidad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de dicho fondo (Fiduciaria La Previsora S.A.)

En cuanto a ello, es claro que mi mandante no se encuentra legitimada por pasiva para conocer de la presente demanda, pues no podría proferirse un fallo

de fondo ni endilgarse responsabilidad alguna en contra de la misma cuando en el evento de que se llegare a conceder las pretensiones de la demandante, es claro que ésta no reconoce, rechaza o decide de forma alguna, si se otorga o no el reconocimiento de la prestación social deprecada por la actora, en este caso, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

Lo anterior, con fundamento entre otras normas, en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, norma que frente al caso que nos ocupa es clara al señalar:

"Artículo 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

"1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado..."
(Negrilla y subrayado fuera de texto original).

18

Así mismo, ha de recordarse que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, frente al tema aquí debatido, dispuso:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial". (Subrayado fuera de texto original).

De igual forma, se tiene que el Consejo de Estado en Jurisprudencia proferida por la Sección Segunda, Subsección "B" el (5) de diciembre de 2013 en cuanto al expediente de Radicación N° 25000-23-25-000-2009-0467-01(2769-12) (Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve), ratificó la falta de legitimación por pasiva de las secretarías de educación del ente territorial al cual se circunscriba un afiliado al FOMAG, determinando entre otros aspectos que:

"Descendiendo al caso concreto, se observa que mediante Resolución No. 03012 de 24 de julio de 2006 la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de la demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su compañera permanente la señora María Rosalba Benjumea de Marín, en los siguientes términos: (...)

*"De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, **se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales***

del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.

"En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

*"Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente petionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, **no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales** "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo".*

*"Así las cosas, **contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional por sobrevivencia, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados**". (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Atlántico en reciente providencia del 29 de marzo de 2017, proferida dentro del proceso de radicación 08-001-33-33-004-2014-00160-01 promovido por la señora Yomaira Ariza Pacheco contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Municipio de Soledad, señaló:

*"...Al respecto, el H. Consejo de Estado ha indicado que si bien la ley 962 de 2005 establece un procedimiento en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece el docente petionario y la respectiva sociedad fiduciaria, **no lo es menos que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el legislador en el Art. 56 de la ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales**".*

⁶ Sentencia de 23 de septiembre de 2015. Consejo de Estado. Exp. 73001-23-31-000-2012-00336-01 M.P Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

"Acorde con lo anterior, no hay duda de que la entidad encargada del reconocimiento pensional es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indistintamente que en el procedimiento administrativo para la expedición del acto administrativo que disponga tal reconocimiento haya intervenido la Secretaría de Educación de la entidad territorial a la cual prestó sus servicios la docente, elaborando y remitiendo el proyecto de acto de reconocimiento con destino a la fiducia encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo.

*"En virtud de todo lo anteriormente expuesto, es factible concluir que la demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación pensional todos los factores devengados durante el último año de servicios. **Sin embargo, esa obligación corresponde únicamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual habrá de modificarse la decisión de instancia y de esa forma excluir al Municipio de Soledad de los cargos presentados en la demanda.**"* (Subrayado y Negrita fuera de texto)

20

Así pues, pese a que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, es claro que con relación a las pretensiones de la demanda, no es otro sino el mismo FOMAG, a través del ente administrador de sus recursos, quien legalmente se encuentra legitimado para conocer de ésta demanda, la cual no persigue cosa diferente que el reconocimiento y pago de una prestación que claramente está y seguirá estando a cargo del FOMAG y su entidad administradora.

Luego entonces, al tener cómo representarse judicialmente y al ser el encargado de cancelar y responder por las prestaciones sociales de los afiliados a su fondo, el FOMAG o en su defecto, la Fiduprevisora S.A., son las únicas entidades que deben comparecer como demandadas en el proceso que nos ocupa y no mi representada, quien como en argumentos anteriores de esta contestación se expuso, solo sirve de tramitador de las decisiones tomadas por el Fondo y en específico, por la entidad Fiduprevisora S.A., no así de cancelar el valor reconocido en la **Resolución No. 2350 del 30 de abril de 2015** que, en efecto, le correspondía pagar al FOMAG y a su ente administrador.

Por tanto, teniendo claro que no puede pretenderse condenar a mi mandante por hechos ajenos a su voluntad, máxime cuando esta se apegó a la ley para cumplir con las funciones que en razón de la Ley 91 de 1989, la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, les fueron confiadas, es menester declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de esta frente al litigio que nos ocupa.

EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Complementariamente a la excepción antes señalada, es viable que se declare la excepción de fondo de inexistencia de la obligación, pues de conformidad con los argumentos esbozados a lo largo de la presente contestación de demanda,

quedó claro que no existe fundamento legal alguno que ordene o, más bien, que permita reconocer a la parte demandante la sanción moratoria que deprecia.

Lo anterior, sin olvidar que en relación con mi poderdante no existe obligación de pagar emolumento alguno a favor de la demandante, pues dicha obligación se encuentra a cargo del FOMAG en los términos de la Ley 91 de 1989, del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y del Capítulo II del Decreto 2831 de 2005.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en precedencia y sin que implique aceptación de las pretensiones de la demanda, debe estudiarse en el presente asunto la configuración de la excepción de prescripción.

21

Al respecto vale manifestar que la prescripción entendida como aquél fenómeno extintivo de derechos y obligaciones que opera por la omisión en el ejercicio de las acciones pertinentes una vez transcurrido el lapso de tiempo legal establecido para ello, a partir de la fecha de su exigibilidad, fue objeto de estudio por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de agosto de 2016, mediante la cual, unificó el criterio jurisprudencial para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral. Al respecto manifestó lo siguiente:

"i) Prescripción de los salarios moratorios

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

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.

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.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"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

patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

De conformidad con la disposición transcrita, debe estudiarse en el presente asunto si ha operado o no, el fenómeno de la prescripción, cuestión que debe contarse a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la interrupción del término, pero solo por un lapso igual, tiene lugar con el reclamo escrito del interesado, mediante el cual solicite el reconocimiento de la prestación pretendida y debidamente determinada; es decir, para que opere la interrupción, la reclamación administrativa debe ser coincidente con las pretensiones de la demandada.

CADUCIDAD DE LA ACCION.

22

En línea con lo anterior, debe estudiarse la ocurrencia de este fenómeno y declararse en caso de encontrarse probada.

INDEBIDO AGOTAMIENTO DE SEDE ADMINISTRATIVA Y VIOLACION AL PRINCIPIO DE LA DECISION PREVIA

El artículo 163 del CPACA, señala que para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se debe individualizar con toda precisión en la demanda el acto acusado. Se entiende entonces que para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción, se debe primero provocar un acto administrativo, expreso o presunto, de la autoridad administrativa a la que corresponda respecto de los derechos pretendidos en la demanda, del tal manera que sea fácil para las partes del proceso y para el juez identificar las razones fácticas y jurídicas por las cuales no se accedió al derecho reclamado. Lo anterior, se ha identificado en el Derecho Administrativo y en la jurisprudencia administrativa como el principio de la decisión previa.

De acuerdo con lo anterior, quien pretenda la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, antes de incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe solicitar a la administración se pronuncie respecto a esa sanción e interponer, según el caso, los recursos para dar por concluido el procedimiento administrativo de que trata el capítulo VIII del CPACA.

En el presente asunto la parte actora no presentó reclamación alguna ante mi mandante, por lo cual, sin necesidad de mayor análisis al respecto, debe excluirse a mi mandante de la litis.

OPOSICIÓN A LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

Me opongo a la estimación de la cuantía efectuada por la demandante, dado que no es clara la fecha en la que el Fomag, como entidad encargada de efectuar los pagos de prestaciones de docentes afiliados a dicho fondo, realizó la consignación de las cesantías de la actora. Por lo anterior, tampoco resulta claro desde cuando, en caso de proceder la sanción moratoria deprecada, debe contabilizarse la misma.

PETICIONES

Por todos los argumentos y excepciones señaladas en el presente escrito, ruego al Señor(a) Juez que conoce del presente proceso, se sirva decretar probadas las excepciones propuestas por el Distrito de Barranquilla y, en consecuencia, denegar las pretensiones del medio de control presentado por la demandante **AURA ESTELA MÁRQUEZ FANDIÑO**, contra el FOMAG y mi representada y condenar en costas a la parte actora por su manifiesta temeridad.

23

MEDIOS DE PRUEBA

DOCUMENTALES

Presento ante usted los siguientes medios documentales de prueba:

1. Antecedentes administrativos de la señora Aura Estela Márquez Fandiño.
2. Formato Único para la expedición de Certificado de Historia Laboral.

DOCUMENTALES SOLICITADAS MEDIANTE OFICIO

Para efectos de dar claridad a los hechos y pretensiones de la demanda, solicito de usted, señor(a) juez, se sirva decretar la siguiente prueba:

1. Oficiéase al Banco BBVA Colombia para que, con destino a este proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se sirva allegar certificación de la fecha a partir de la cual, los dineros correspondientes a las cesantías de la señora Aura Estela Márquez Fandiño, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.448.115, reconocidos mediante la **Resolución No. 2350 del 30 de abril de 2015**, estaban disponibles para ser retirados, así como la fecha efectiva de pago a la citada titular.

ANEXOS

1. Poder especial y de sustitución con el que actúo.
2. Decreto de Nombramiento y acta de posesión del Jefe de la Oficina Jurídica de Barranquilla.
3. Decreto de Delegación de funciones
4. CERL de la firma Chapman & Asociados

NOTIFICACIONES

Para todos los efectos legales, recibo notificaciones en la Secretaría del Despacho y en mi oficina ubicada en la Calle 77 B No. 57-103 Of. 2101 de la ciudad de Barranquilla y/o al correo electrónico info@chapmanyasociados.com

Mi representada y su representante legal reciben notificaciones en la secretaría de su despacho o personalmente en el Km. 4, prolongación Murillo - Sede Granabastos, Local 6, Soledad - Atlántico y/o al correo electrónico ofijuridicanotificaciones@soledad-atlantico.gov.co

Del Señor(a) Juez, atentamente,

24



KARLA TATIANA SOTO CANTILLO

C.C 1.140.856.536 de Barranquilla

T.P No 281.269 del C. S. de la J.

Señores

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA
En Su Despacho

Ref.: Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Aura Estela Márquez Fandiño**
Demandado : **Nación– Ministerio de Educación Nacional–
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales
del Magisterio y Distrito Especial,
Industrial y Portuario de Barranquilla**
Radicación : **2020-00064**

25

MIRNA WILCHES NAVARRO, abogada identificada con cédula de ciudadanía número 22.476.798 expedida en Barranquilla y con Tarjeta Profesional No. 101.849 expedida por el Consejo Superior Judicatura, en mi condición de apoderada especial de **DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA**, dentro del asunto de la referencia, por este escrito manifiesto a usted que sustituyo el poder a mí conferido a la doctora **KARLA TATIANA SOTO CANTILLO**, identificada como aparece al pie de su firma, con las mismas facultades a mi concedidas.

Sustituyo:



MIRNA WILCHES NAVARRO
C.C. 22.476.798 de Barranquilla
T.P. No 101.849 del C.S.J

Acepto,



KARLA TATIANA SOTO CANTILLO
C.C 1.140.856.536 de Barranquilla
T.P No 281.269 del C. S. de la J.