



\*20211180287551\*

Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20211180287551**  
Fecha: **08-02-2021**

Quibdó, Choco

Señores

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

ASUNTO:

**Medio de Control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Radicado:** 27001333300420200009500

**Demandante:** JOSE DIVE MACHADO TAPIA

**Demandado:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Adriana Isabel Cruz Estupiñán, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 52.504.973 de Bogotá, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 141.493 del Consejo Superior de la Judicatura actuando calidad de apoderada de la Nación - Ministerio de Educación Nacional, -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia a sustitución del poder dada por el doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, de conformidad a las atribuciones otorgadas por medio de la escritura pública 522 del 28 de marzo de 2019 de la notaría treinta y cuatro (34) círculo de Bogotá, D.C., dada por el doctor LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA en su facultad de jefe de oficina Asesora Jurídica de la entidad Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los documentos que reposan como anexo de la Escritura anteriormente referenciada, de manera cordial, respetuosa y estando dentro del término legal (de conformidad con el término legal prescrito en el Decreto 806 de junio 4 de 2020), allego CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA en los siguientes términos:

### FRENTE A LAS PRETENSIONES

Me opongo a cada una de las pretensiones o condenas que solicita la parte demandante al carecer cada una de ellas de fundamentos de hecho y de derecho. Lo anterior en los términos siguientes:

#### Declarativas

- Primera.- Me opongo a la declaratoria de existencia del acto ficto o presunto, frente a la petición del 22/06/2018, en razón a que no se encuentra desvirtuado dentro del plenario que la Secretaría de Educación Departamental de Choco no emitiera acto administrativo



que contestara la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías del aquí demandante, por tanto no existen elementos de juicio suficientes para declarar su existencia por lo que debe ser denegada.

- Segunda- Me opongo parcialmente a la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto de la petición de 22/06/2018, respecto a la negativa de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a la demandante en razón a que no se encuentra demostrado que la entidad demandada junto con Secretaría de Educación Departamental de Choco haya emitido acto administrativo que resolviera de fondo la petición presentada.

## Condenas

Me opongo parcialmente al reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales, reconocidas mediante Resolución 0770 de 08 de marzo de 2018, en virtud a que debe liquidarse con el salario diario devengado al momento de solicitud de las cesantías en los términos establecidos por la Sentencia de unificación del H. Consejo de Estado SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018.

Me opongo a la solicitud de reconocimiento de ajustes de valor correspondientes a indexación del valor y pago de intereses legales que resulte probable de pago en virtud de los lineamientos establecidos por la Sentencia de unificación del H. Consejo de Estado SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, que prohíben dicha solicitud en razón a que la obligación que se genera por la posible mora en el pago tardío de las cesantías solicitadas, corresponden únicamente a una sanción monetaria que debe pagarse por una sola vez de acuerdo con el salario devengado al momento de su causación y de acuerdo a la liquidación establecida por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa.

## PETICIONES

**Primero:** Se nieguen las pretensiones de la demanda, en virtud de la inexistencia de acto administrativo ficto o presunto producto de la petición elevada el 22/06/2018, y en consecuencia se niegue la condena de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las Cesantías solicitadas.

**Segundo:** En caso de que se pruebe la existencia de acto administrativo ficto o presunto, se condene únicamente a pago de sanción moratoria por 216 días de retardo y se liquide con el salario diario correspondiente al momento de existencia de la mora, en los términos establecidos en la Sentencia de unificación del H. Consejo de Estado SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, es decir al que certifique la entidad nominadora del demandante.

## FRENTE A LOS HECHOS

Los hechos no les constan a las entidades que represento, dichas afirmaciones solo pueden ser verificadas con el cuaderno administrativo de la docente, el cual reposa en poder de la entidad territorial a la que estuvo vinculada la accionante, por ello, en principio nos acogemos a lo que se demuestre dentro del proceso.

## EXCEPCIONES PREVIAS

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

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

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

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

[...]

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

b.- Actual regulación procesal sobre la materia

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

i- Supuestos que configuran excepciones previas.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada fundamentalmente a que se

adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Esta se configura por dos razones:

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

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

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

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

En el presente caso, se incumplió con dicho requisito al no presentar prueba que evidenciara que la administración no dio respuesta en el término correspondiente (3 meses según el artículo 83 de la Ley 1147 de 2011). Para ello, la accionante debió pedir mediante un derecho de petición dirigido a la administración, un informe sobre la respuesta a la solicitud de revocatoria del acto administrativo que se pretende controvertir en el presente como lo es la respuesta de un derecho de petición en la que la administración le informe si efectivamente se le dio respuesta a la solicitud de revocatoria del acto administrativo.

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

Conforme lo anterior se solicita se declare la excepción previa formulada y se nieguen las pretensiones de la demanda.

## 2. Falta de legitimación de la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A.

La creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la idea de solucionar los frecuentes problemas relacionados con el pago de las prestaciones sociales de los maestros, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos establecidos en el artículo 3, posteriormente, a través de Contrato de fiducia mercantil de administración y pago, entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A, se estableció que la segunda actúa como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO del Fomag, obligación que quedó plasmada en Escritura Pública N° 00083 de 21 de junio de 1990 de la Notaria 44 del círculo de Bogotá.

En tal sentido debe desprenderse que en cumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas, si bien los recursos administrados provienen de recursos públicos, su disponibilidad depende de las instrucciones del Fideicomitente, es decir del Ministerio de Educación Nacional, por tanto la Fiduprevisora S.A, no puede disponer a su propio arbitrio los recursos que administra y por consiguiente para el caso en concreto no se puede endilgar responsabilidad alguna en la producción de los actos administrativos demandados, los cuales sólo provienen de su fideicomitente por lo que se configura la excepción formulada.

Conforme lo anterior se solicita se declaren las excepciones previas formuladas y se nieguen las pretensiones de la demanda.

## FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURÍDICOS DE DEFENSA

### Aplicación de la sanción moratoria en el caso de los docentes

La Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, establece los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías para los servidores del sector público de la siguiente manera:

***“Artículo 4°. 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.***

***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.***

***Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.***

**Artículo 5°. Mora en el pago.** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

**Parágrafo.** *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”*

La Corte Constitucional, en Sentencia SU-336-17, estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG:

*“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.*

*Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.*

*Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.*

*9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:*

*(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad*



*del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.*

*(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.*

*(ii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.*

*(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.*

*(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.*

*(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.*

*(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)."*

Por lo tanto, se concluye que la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable en el caso del pago tardío de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

## **Cálculo de la sanción moratoria**

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, estableció los criterios para determinar el momento a partir del cual se deben empezar a contar los días de mora y el salario base aplicable.

En dicha sentencia, el Consejo de Estado establece que, en los casos en los que se dio respuesta extemporánea a la solicitud de cesantías parciales o definitivas, la mora inicia después de setenta (70) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

Por otra parte, en relación con el salario base, señala que, tratándose de cesantías definitivas, dicho salario corresponde a la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; y en el caso de cesantías parciales, se deberá tener en cuenta la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

## **PRUEBAS**

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

### **Documentales**

1. Se ordene oficial a la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, para que allegue antecedentes administrativos de la petición elevada el 22/06/2018 por el señor JOSE DIVE MACHADO TAPIA, de reconocimiento de sanción mora por pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en Resolución 0770 de 08 de marzo de 2018, con el propósito de desvirtuar la configuración de acto ficto administrativo pretendido.
2. Se ordene oficiar a la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, para que allegue certificado de salarios devengados por el señor JOSE DIVE MACHADO TAPIA, con el propósito de establecer la asignación básica base para la posible liquidación de la sanción moratoria.
3. De la manera más respetuosa le solicito al despacho que tenga como pruebas los documentos aportados a la presente contestación.

## **ANEXOS**

1. Sustitución de poder conferido a mi favor.
2. Certificado de pago de Resolución 0770 de 08 de marzo de 2018.





## NOTIFICACIONES

La entidad a la que represento recibe notificaciones en el correo electrónico [t\\_aicruz@fiduprevisora.com.co](mailto:t_aicruz@fiduprevisora.com.co) y en: [procesosjudiciales@fiduprevisora.com.co](mailto:procesosjudiciales@fiduprevisora.com.co)

Cordialmente,

Se firma en la que se radica

---

**ADRIANA ISABEL CRUZ ESTUPIÑÁN**  
**C.C. 52.504.973 de Bogotá**  
**T.P 141.493 de C. S. J.**

