



OFICINA ASESORA JURIDICA

220.49.2

Tuluá, 20 de septiembre de 2022

Señor.

**JUEZ TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE GUADALAJARA DE BUGA**

Email: j03activobuga@cendoj.ramajudicial.gov.co

Buga- Valle del Cauca

Referencia: Contestación Medio de Control

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Zulady Viveros López

Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones
Sociales del Magisterio - Municipio de Tuluá

Radicación: 76-111-33-33-003-2022-00320-00

ALONSO BETANCOURT CHÁVEZ, abogado en ejercicio, vecino y residente en el Municipio de Tuluá (V), identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en calidad de jefe de la oficina asesora jurídica y como apoderado judicial del señor alcalde Municipal Doctor **JOHN JAIRO GÓMEZ AGUIRRE**, conforme al poder adjunto, procedo por medio del presente escrito dar respuesta al presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, obrando dentro de los términos legales establecidos, así:

En mi condición de apoderado judicial del Municipio de Tuluá -Valle, me opongo a todas y cada una de las pretensiones esbozadas por la demandante **ZULADY VIVEROS LOPEZ** a través de su apoderada judicial en el libelo de la demanda, en consecuencia, solicito no se concedan y por ende no se declare ninguna de ellas por las siguientes razones:

I. A LOS HECHOS

PRIMERO: No es un hecho, es una apreciación jurídica que hace la apoderada de la citada norma.

SEGUNDO: No es un hecho, es una apreciación jurídica que hace la apoderada de la citada norma.

TERCERO: No es un hecho, es una apreciación jurídica que hace la apoderada de la citada norma. Téngase en cuenta, que la norma transcrita por la parte actora, hace referencia directa a las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 1955 de 2019, las cuales son reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial correspondiente, y pagas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Empero, el problema jurídico planteado por la parte actora, no hace relación con dicha disposición legal.

CUARTO: No es un hecho. Es una interpretación o apreciación de la norma. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que esta disposición NO aplica directamente a este caso concreto, tal como se puede colegir del contenido normativo de la Ley 50 de 1990.

QUINTO: No nos consta, debe ser probado dentro del proceso. No obstante, debe aclararse que existe una sustancial diferencia entre las responsabilidades de la entidad territorial demandada y



OFICINA ASESORA JURIDICA

el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Ello es así, en virtud a que el municipio tiene la obligación de reportar y liquidar el valor de las cesantías de manera anual y de acuerdo con el cronograma dispuesto por el mencionado fondo, el cual, a su vez, tiene la responsabilidad de administrar los recursos públicos para la educación, entre ellos, lo concerniente a las cesantías. Lo anterior con basamento en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, normas reguladoras del régimen excepcional docente.

SEXTO: Parcialmente cierto, se corroboró en la carpeta de la historia laboral que la hoy actora labora como docente en el Municipio de Tuluá. También es cierto que el 07 de octubre del 2021 la docente solicitó a la Alcaldía Municipal de Tuluá, Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses bajo el radicado TUL2021ER008257. A dicha petición, la Secretaria de Educación Municipal le dio respuesta y remitió por competencia la solicitud de la docente a la FIDUPREVISORA, posteriormente, el día 22 de octubre de 2021 bajo el radicado TUL2021EE016094 se le notificó a la docente a través de su apoderada que su petición había sido remitida a la FIDUPREVISORA para su respectivo estudio.

No es cierto que se haya configurado respecto al Municipio de Tuluá, acto ficto por silencio administrativo negativo, ya que una vez verificada la historial labora de la actora **ZULADY VIVEROS LOPEZ**, se evidenció que, frente a la petición del 07 de octubre de 2021, bajo el Radicado: TUL2021ER008257, esta entidad dio respuesta el día 22 de octubre del 2021 bajo el Radicado: TUL2021EE016094. En la respuesta proferida por la Secretaria de Educación se señala que no le asiste competencia a esta entidad para hacer el reconocimiento que pretende, toda vez que de conformidad con la Ley 91 de 1989, Acuerdo 039 de 1998, Decreto 2831 de 2005, Decreto 1272 de 2018 y Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020 del FOMAG es este fondo el que está a cargo del pago de cesantías e intereses a las cesantías de los docentes a través de la FIDUPREVISORA S.A., de acuerdo al procedimiento y el cronograma establecido por el FOMAG, por lo tanto, no se accede a lo solicitado y se remite la solicitud por competencia ante la FIDUPREVISORA S.A.

Como se viene argumentando, es evidente que el supuesto acto administrativo ficto, no existe, pues según las actuaciones de la entidad territorial demandada, sí se dio efectiva contestación a las peticiones elevadas por la parte actora, incluso, con una remisión de su solicitud por el factor de competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -.

Así las cosas, a través del documento con radicado No. 20200170161153 del 11 de diciembre del 2020, titulado Comunicado No. 008, dirigido a los "Secretarios de Educación y a los Encargados de las Oficinas de Prestaciones Sociales", el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, dando cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo de dicho fondo, procedió a establecer el cronograma y las directrices generales del procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al fondo con régimen de cesantías anual.

En dicho documento, se estableció con claridad que:

- La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, estableciendo como plazo máximo el 5 de febrero de 2021.
- La Fiduciaria es responsable de programar los pagos de los intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las cesantías y notifica al educador.

Según lo anterior, es evidente que los municipios no son los responsables del pago directo de los intereses a las cesantías, sino del reporte de liquidación de las cesantías, los cuales son administrados directamente por la Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -.



OFICINA ASESORA JURIDICA

Conforme a dicho comunicado y al cronograma anexo, la Secretaría de Educación del Municipio de Tuluá, procedió a enviar a través del correo electrónico institucional del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – y a través de correo certificado, a través de la empresa SERVIENTREGA con guía No. 9128472149 del 05 de febrero de 2021 y de correo electrónico. Con lo anterior, el Municipio de Tuluá, dio cumplimiento cabal al requerimiento del FOMAG en lo concerniente al reporte de cesantías dentro de los términos de ley estipulados.

Se adjuntan, como pruebas, el documento con radicado No. 20200170161153 del 11 de diciembre del 2020, la guía No. 9128472149 del 05 de febrero de 2021 de la empresa SERVIENTREGA y el Print de envío del correo electrónico del 5 de febrero de 2021 remitido por la Secretaría de Educación del Municipio de Tuluá y dirigido a la FIDUPREVISORA con el reporte de archivos planos de la liquidación de las cesantías de los docentes vinculados a este ente territorial.

SÉPTIMO: Es cierto, la señora ZULADY VIVEROS LOPEZ presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría para Asuntos administrativos de Cali y la referida conciliación se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes. No obstante, se debe hacer la siguiente claridad: tanto en la conciliación como en la demanda presentada por la parte actora, se estipula la existencia de un acto administrativo ficto, lo cual se distancia de la realidad, toda vez que la respuesta que afirma la demandante no existir, sí existió y se notificó en debida forma, incluso, con el envío de la solicitud por el factor de competencia dentro del término legal para ello, tal como se afirma en el hecho inmediatamente anterior.

OCTAVO: No es un hecho, es una citación en extenso de jurisprudencia del Consejo de Estado.

II. RESPECTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que son improcedentes y sin ninguna justificación legal, teniendo en cuenta que las pretensiones solicitadas por la demandante **ZULADY VIVEROS LOPEZ**, son de competencia exclusiva del Ministerio de Educación Nacional, entidad encargada por ley para el manejo de los recursos de los docentes del Magisterio. Esta institución de rango nacional tiene, además, bajo su potestad el orden de atención de cada solicitud y el pago de las prestaciones sociales que reclaman los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG - a través de la FIDUPREVISORA S.A., como consecuencia no se le ha ocasionado afectación a la demandante por parte de esta Administración, por lo tanto, solicito comedidamente la Desvinculación del presente proceso.

III. RAZONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS DE LA DEFENSA

En primera instancia es necesario traer a colación la normatividad en materia de las prestaciones sociales de los docentes del orden municipal, departamental y Nacional, estableciendo como base normativa la Ley 91 de 1989 y Ley 60 de 1993, de la siguiente manera:

Ley 91 de 1989. Por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

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



OFICINA ASESORA JURIDICA

generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

Artículo 4º. 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 2, 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 de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renunciaciones 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.

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

Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
(...)"

Artículo 15º.- "A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones Ver art. 6, Ley 60 de 1993"

Artículo 6º DE LA LEY 60 DE 1993.- "(...) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (...)"

Artículo 15 (...)1.- "Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes"

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

De lo mencionado en líneas anteriores, se aprecia sin lugar a duda que, corresponde al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el atender las prestaciones de los docentes como la de efectuar el pago de las mismas al personal afiliado. Si bien es cierto que la Secretaría de Educación Municipal de Tuluá tiene una participación activa en el trámite correspondiente a la solicitud que hacen los docentes para el pago de sus cesantías, no es la entidad responsable del pago efectivo de las cesantías ni de los intereses a las cesantías, toda vez que, como lo señala la Ley y la Fiduprevisora, estos pagos le corresponden de manera directa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -. Como se señaló previamente los pagos son programados con base en los reportes que envían las Secretarías de Educación al mencionado fondo.



OFICINA ASESORA JURIDICA

La participación del Municipio en el procedimiento de liquidación y pago de las cesantías, que se generan como prestación social anual, se reduce al envío del reporte solicitado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – en el término estipulado en el cronograma. Por ende, el Municipio no dispone del recurso de manera material, en alguna cuenta propia del Municipio, sino que el dinero reposa en poder y administración de la Fiduprevisora como vocera del FOMAG y son los responsables de dichos pagos, más no lo hace el municipio.

Por otra parte, debe aclararse que el pago de las cesantías no implica la disposición o consignación de ese dinero a una cuenta particular del docente ni tampoco, de la disposición de ese dinero en algún fondo privado de cesantías, dado que los recursos reposan directamente en el FOMAG y son administrados por la Fiduprevisora. El origen de estos recursos proviene del Presupuesto General de la Nación asignado en cada vigencia.

IV. EXCEPCIONES PREVIAS

1. Ineptitud sustantiva de la demanda

1.1. Caducidad de la Acción

Conforme dispone el artículo 164 Numeral 2 literal d del CPACA:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; ... (Negrilla fuera de Texto.)

Con relación a la mencionada petición de reconocimiento de sanción mora, radicada ante la Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con copia ante Municipio de Tuluá, con fecha del día 07 de octubre de 2021, se afirmó en respuesta al hecho sexto por parte de este ente territorial, que NO es cierto que se haya configurado respecto al Municipio de Tuluá, acto ficto por silencio administrativo negativo, ya que una vez verificada la historial laboral de la actora **ZULADY VIVEROS LOPEZ**, se evidenció que, frente a la petición del 07 de octubre de 2021, bajo el Radicado: TUL2021ER008257, esta entidad dio respuesta el día 22 de octubre del 2021 bajo el Radicado: TUL2021EE016094. En la respuesta proferida por la Secretaria de Educación se señala que no le asiste competencia a esta entidad para hacer el reconocimiento que pretende, toda vez que de conformidad con la Ley 91 de 1989, Acuerdo 039 de 1998, Decreto 2831 de 2005, Decreto 1272 de 2018 y Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020 del FOMAG es este fondo el que está a cargo del pago de cesantías e intereses a las cesantías de los docentes a través de la FIDUPREVISORA S.A., de acuerdo al procedimiento y el cronograma establecido por el FOMAG, por lo tanto, no se accede a lo solicitado y se remite la solicitud por competencia ante la FIDUPREVISORA S.A.

Conforme a lo anterior se precisa que, con la respuesta brindada el día 22 de octubre del 2021 bajo el Radicado: TUL2021EE016094 se acreditó la declaración de voluntad por parte de la Admiración Municipal de Tuluá, tendiente a producir efectos jurídicos emitiendo respuesta al administrado, en este caso a la apoderada de la hoy demandante, manifestación que se fundó



OFICINA ASESORA JURIDICA

como lo determina la ley en remitir por competencia a la entidad correspondiente de pronunciarse al respecto. Cabe resaltar que dicha respuesta fue recibida por el usuario de la apoderada Laura Pulido Salgado en el Sistema de Atención al Cliente -SAC- del Ministerio de Educación. Adicionalmente, fue enviada vía email al correo electrónico de la apoderada de manera automática por el sistema SAC, conforme se evidencia en el print que se anexa como prueba.

Es así que, la apoderada de la actora conocía de la decisión de la Secretaria de Educación, es decir, de la respuesta emitida por este ente territorial – Secretaria de Educación el día 22 de octubre del 2021 bajo el Radicado: TUL2021EE016094, pero guardó silencio en el escrito de demanda, omitiendo así agotar la vía administrativa como requisito formal para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa con la finalidad de pretender la nulidad del mencionado acto administrativo, es decir, según la citada norma tenía la actora 4 meses contados a partir de la notificación del acto administrativo para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es hasta el 22 de febrero del 2022, pero en los documentos que anexa a la demanda no se acredita tal requisito de procedibilidad, por lo que para la fecha ya se encuentra fenecido o caducado el término perentorio establecido para ejercer la acción ante esta jurisdicción. En conclusión, queda en evidencia, que para el acto administrativo antes descrito operó la caducidad de la acción ya que a la fecha de hoy transcurrieron más de cuatro meses desde la notificación de dicho acto administrativo como lo señala la norma.

Es de resaltar que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-574 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell, instruye que “la caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que, si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenecce inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

A juicio del Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado EXPEDIENTE No. 50001233100020042067701, NÚMERO INTERNO: 0030-2010 del 18 de Noviembre de 2010, refiere sobre la caducidad de la acción y hace mención indicando que *“El derecho constitucional de acceso a la justicia, puede ser regulado por el legislador, que está así habilitado para fijar restricciones temporales para el ejercicio del derecho de acción, limitación que se justifica como un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y otorga la estabilidad a las relaciones entre los individuos y el Estado. Las acciones deben propiciarse en tiempo oportuno, lo que explica los términos de caducidad en virtud de los cuales se marchita el derecho de acción, y las situaciones adquieren la firmeza necesaria a la seguridad jurídica”*.

De la misma forma, también se ha definido que “La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general. ”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, sentencia del 23 de febrero de 2006, Radicación No: (6871-05), Actor: Marcos Melgarejo Padilla.

Ahora bien, la Sentencia **C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil**. Expone “El legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de



OFICINA ASESORA JURIDICA

obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."

V. EXCEPCION MIXTA

Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva

Esta excepción se fundamenta en el entendido que no es el Municipio de Tuluá el llamado a responder por las presuntas declaraciones y condenas solicitadas, dado que el ente territorial de ninguna manera, por acción u omisión, pudo haber ocasionado perjuicio alguno a la parte activa. Ello es así por lo siguiente:

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3, estableció la creación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, como una cuenta especial de la nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9º de la citada Ley indica que las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

De igual manera el municipio no es quien autoriza el pago de las prestaciones sociales de los docentes, pues de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001 el pago de las prestaciones sociales del personal docente de las instituciones educativas se realiza con los recursos del sistema general de participaciones, enviados por el ministerio, vale anotar que el Ministerio de Educación Nacional es quien autoriza e imparte las instrucciones de cómo se debe utilizar dichos recursos.

Por lo anterior, la Administración Municipal no es el responsable de este pago, por lo tanto, carece de legitimidad en la causa por pasiva.

Sobre el caso particular cabe traer a colación el pronunciamiento realizado por el Consejo de Estado frente a este tema en diversas sentencias, la Sentencia del 28 de marzo de 2012, de la Sección Tercera, subsección C, Radicado 1993-01854 (22163), consejero ponente Enrique Gil Botero que indico:

Según hemos dicho, la legitimatio ad causam es un elemento sustancial de la litis y, por lo tanto, no constituye un presupuesto procesal. En cambio la legitimatio ad processum se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal. La ausencia de aquella impide que la sentencia resuelva sobre el fondo de la litis, pero no invalida el proceso, y la sentencia inhibitoria es absolutamente válida; la falta de ésta constituye un motivo de nulidad, que vicia el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse, en el caso de que el juez no caiga en la cuenta de que existe ese vicio.

Ahora bien, la misma corporación en Sección Segunda- Subsección B, con Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12) del 05 de diciembre de 2013 estableció:

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes de afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio La Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de



OFICINA ASESORA JURIDICA

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.

En este orden de ideas la **legitimación material** en la causa por pasiva, la esgrimimos con base en los argumentos que hemos sostenido desde el inicio de esta contestación siendo estos dirigidos a determinar que la Administración de Tuluá /Secretaría de Educación Municipal es la encargada de liquidar y reportar a la Fiduprevisora S.A. las cesantías e intereses a las cesantías anualmente. Pero no es la encargada de realizar el pago de la respectiva prestación, así las cosas, solicito a usted señor Juez que en el momento procesal de abordar el estudio del fondo del asunto objeto de controversia se **DESVINCULE** al Municipio de Tuluá /Secretaría de Educación Municipal.

VI. EXCEPCIONES DE MÉRITO O DE FONDO

Cobro de lo no debido

Esta excepción se fundamenta en el hecho de que la demandante está reclamando una suma de dinero que no le adeuda la Alcaldía Municipal de Tuluá/ Secretaría de Educación Municipal, puesto que como a bien se ha señalado, este no es el ente competente para el pago de las prestaciones solicitadas por la demandante, solo nos limitamos a dar cumplimiento al procedimiento ordenado en la Ley y en las disposiciones del FOMAG por ser el patrimonio autónomo creado para atender las prestaciones sociales de los docentes.

De otra parte, el Decreto Ley 2831 del 16 de agosto del año 2005, en su capítulo II regula, todo el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

ARTÍCULO 3°. Gestión. A cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° 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.



OFICINA ASESORA JURIDICA

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. 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.

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.



OFICINA ASESORA JURIDICA

La **LEY 1071 DE 2006**. 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 establece:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

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.

En este orden de ideas podemos indicar que, si bien la Secretaria de Educación Municipal de Tuluá no es la entidad responsable del desembolso de los dineros y menos quien los administra, esta es **COMPETENCIA** de la FIDUCIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en cabeza hoy en día de la ENTIDAD FIDUCIARIA. Lo que traduce sin lugar a duda que en caso de probarse en el proceso que no se tuvieron en cuenta la totalidad prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante, es la entidad FIDUPREVISORA, la llamada a responder por radicar en cabeza de esta la obligación legal de administrar los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las normas transcritas evidencian, que nuestra tesis es validada al advertir que la nulidad y restablecimiento del derecho que promueve la demandante debe ir dirigida directamente contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, administrado en este caso por la entidad LA FIDUPREVISORA, mas no contra el Municipio de Tuluá / Secretaria de Educación Municipal.



OFICINA ASESORA JURIDICA

VII. PRESCRIPCIÓN

Como quiera que las pretensiones van dirigidas al reconocimiento de derechos que datan de varios años atrás, sin que implique aceptación o responsabilidad de este ente territorial respecto de lo pretendido en la demanda, solicito que en el eventual caso que su honorable despacho decida concederle a la demandante las pretensiones, se debe dar aplicabilidad al fenómeno de PRESCRIPCIÓN trienal, respecto de aquellas acreencias que no hayan sido pedidas dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de su exigibilidad. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el **artículo 41 del Decreto 3135 de 1968** que establece que *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”*.

Señoría, finalmente en atención a lo precedente solicito se declaren probadas todas y cada una de las excepciones previas y de fondo propuestas.

VIII. PETICIÓN ESPECIAL

Respetuosamente solicito al Honorable Juez me reconozca personería suficiente para actuar como apoderado del Municipio de Tuluá conforme al poder que me ha otorgado el Doctor **JOHN JAIRO GÓMEZ AGUIRRE**, en su condición de Alcalde y Representante del mismo.

IX. PRUEBAS

Solicito se decreten las siguientes pruebas en favor de este ente territorial, así mismo y atendiendo a lo resuelto en el **Auto Interlocutorio No. 569 del 29 de julio del 2022**, proferido por su despacho se allega con el presente escrito copia de los documentos del expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

DOCUMENTALES:

- 1. Copia respuesta con radicado TUL2021EE016094 del 22/10/2021 a la apoderada LAURA PULIDO SALGADO como apoderada de la docente ZULADY VIVEROS LOPEZ y evidencias del trámite de remisión por competencia a la FIDUPREVISORA S.A.
- 2. Print del Sistema de Atención al Ciudadano – SAC- del Ministerio de Educación en el que se evidencia el trámite administrativo dado a la petición bajo el radicado: TUL2021ER008257 del 07/10/2021, incluyendo el radicado de la respuesta por parte del Municipio de Tuluá – Secretaría de Educación, la fecha de notificación y el visto por parte de la apoderada de la actora.
- 3. Copia del documento con radicado No. 20200170161153 del 11 de diciembre del 2020, titulado Comunicado No. 008 emitido por el FOMAG y el cronograma para reporte de intereses a las cesantías.
- 4. Guía No. 9128472149 del 05 de febrero de 2021 de la empresa SERVIENTREGA
- 5. Print de envío del correo electrónico del 5 de febrero de 2021 remitido por la Secretaría de Educación del Municipio de Tuluá y dirigido a la FIDUPREVISORA con el reporte de archivos planos de la liquidación de las cesantías de los docentes vinculados a este ente territorial.



OFICINA ASESORA JURIDICA

X. ANEXOS

- Poder para actuar.
- Documentos que acreditan la calidad del alcalde y del jefe de Oficina Asesora Jurídica.
- Documentos aducidos como prueba.

XI. NOTIFICACIÓN

El suscrito recibirá notificación en la Carrera 25 con Calle 25 Esquina, Palacio Municipal, o en la secretaria de su despacho.

De igual manera y dando cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1437 del año 2011, la entidad demandada tiene como correo electrónico para recibir notificaciones el siguiente: juridico@tulua.gov.co

Del Señor (a) Juez Administrativo,

Atentamente,

ALONSO BETANCOURT CHÁVEZ

C.C. No. 94.367.905 de Tuluá

T.P. No. 129.431 del C.S.J

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Transcriptor y redactor: John Edwar Carvajal Arias - Profesional Contratista Oficina Asesora Jurídica
Darío Alexis Ocampo Guevara – Contratista Oficina Asesora Jurídica
Apoyo Jurídico: Yurany Hincapié Velásquez - Profesional Universitario Grado II Oficina Asesora Jurídica
Coadyuvó: Miriam García - Profesional Universitaria Secretaría de Educación, Norbey Zapata –
Profesional Universitario Prestaciones Sociales Secretaría de Educación
Reviso y Aprobó: Alonso Betancourt Chávez - Jefe Oficina Asesora Jurídica y Leidy Natalia Montes – Secretaria de Educación