



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201182877441**

Fecha: **23-10-2020**

SEÑORES:

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

CL 22 N°4-70 EDIF GALAXIA PISO 5

j08admsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

RADICADO: 47 001 3333 008 2019 00141 00
DEMANDANTE: NIDIA AREVALO FONSECA
DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Señor Juez:

PAOLA ANDREA PARDO MARÍN, mayor de edad, vecina y domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la Cédula de Ciudadanía N°1.030.531.525 expedida en Bogotá D.C. y portadora de la Tarjeta Profesional N°185.722 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderada sustituta del Doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, mayor de edad, vecino y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía N°80.211.391 expedida en Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional N°250.292 expedida por el Consejo Superior de la judicatura, obrando como apoderado general judicial de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en virtud del poder conferido por parte del Dr. **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**, identificado con Cédula de Ciudadanía N°79.953.861 expedida en Bogotá, en ejercicio de la delegación efectuada a través de la resolución N°015068 del 28 de agosto de 2018, expedida por la Ministra de Educación Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normatividad concordante, por medio del presente escrito procedo a presentar **CONTESTACIÓN DE DEMANDA** formulada ante su honorable despacho por la señora **NIDIA AREVALO FONSECA**, dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

Por lo anterior, la misma normativa que crea el fondo, establece el mecanismo por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello que la norma preestablece que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la misma, el Ministerio de Educación Nacional y la Compañía Fiduprevisora S.A., suscribieron:

“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL”, el cual fue protocolizado mediante escritura pública N° 83 del veintiuno (21) de junio de 1990, en la notaría Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial

¹ Ley 91 de diciembre 29 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

de Bogotá D.C., en el cual La Nación, Ministerio de Educación, fungen como Fideicomitente y la compañía Fiduprevisora como la Fiduciaria; contrato cuyo objeto es: “Constituir una fiducia mercantil sobre los Recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante –EL FONDO–, con el fin de que LA FIDUPREVISORA S.A., los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para EL FONDO, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

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

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

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

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

FRENTE A LAS PRETENSIONES.

Me opongo a todas y cada una de las declaraciones y condenas que solicita la parte actora dentro de la demanda de la referencia, toda vez que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no tiene obligación de pagar

² Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234.

sanción mora por TODO el tiempo reclamado por la parte demandante, tal como se argumentara más adelante, e igualmente las solicitudes de indexación y costas no son procedentes; por lo que solicito muy respetuosamente se sirva denegar esas condenas en contra de mi representado.

FRENTE A LOS HECHOS.

AL HECHO 3.1: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por la parte demandante.

AL HECHO 3.2: Me atengo a lo que sea probado en el proceso.

AL HECHO 3.3: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.4: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.5: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.6: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.7: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.8: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.9: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.10: **ES PARCIALMENTE CIERTO**, teniendo en cuenta que la normatividad vigente para el caso concreto, a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, amplió el término de 65 a 70 días hábiles, y la sanción moratoria es de 1 día del salario básico devengado por el demandante.

AL HECHO 3.11: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por la parte demandante.

AL HECHO 3.12: **ES PARCIALMENTE CIERTO**, Es cierto que mediante la Resolución 1512 del 13/12/2017 le reconocieron las Cesantías parciales a la parte demandante, lo que **No es cierto**, es que estas cesantías hayan sido canceladas el día 03 de Mayo de 2018, teniendo en cuenta que de conformidad con lo que se observa en el desprendible de pago del Banco BBVA allegado por la parte demandante, Observación 2, la puesta a disposición de los dineros se realizó el **25/04/18**,



y es dicha fecha la que debe tenerse en cuenta para el computo correspondiente.

AL HECHO 3.13: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por la parte demandante.

AL HECHO 3.14: **NO ES CIERTO**, teniendo en cuenta que la solicitud de Cesantías de la parte demandante dentro del presente proceso se realizó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el término de ejecutoria de la resolución es de 10 días, por lo cual se tienen que a dicho momento se contabilizan 25 días hábiles.

AL HECHO 3.15: **ES PARCIALMENTE CIERTO**, teniendo en cuenta que el término estipulado por la parte demandante en el hecho anterior está errado, no podría contabilizarse el término para efectuar el pago a partir de dicha fecha.

AL HECHO 3.16: **NO ES CIERTO**, teniendo en cuenta que en primer lugar el término para realizar el pago, no son 65 días hábiles como lo manifiesta la parte demandante, si no son 70 días hábiles de conformidad con la Ley y normatividad vigente; en segundo lugar, el conteo realizado por la parte demandante está completamente errada, ya que desde la fecha en que se radicó la petición (20/09/2017) y la fecha estipulada por la demandante en que supuestamente se vencen los 65 días que manifiestan son los de ley (19/10/17) solo existen 20 días hábiles.

AL HECHO 3.17: **NO ES CIERTO**, teniendo en cuenta que el 19/10/2017 no es la fecha en la que se vencen los **70 días hábiles** para realizar el pago de las cesantías, y tampoco el 03/05/2018 es la fecha en la que se realizó el pago, tal y como se está demostrando y se evidencia dentro de las pruebas que están aportadas en el expediente por la parte demandante.

AL HECHO 3.18: **NO ES CIERTO**, es cierto que entre esas fechas existen esos días, pero no es cierto que sean los días transcurridos entre el vencimiento de los 70 días hábiles para realizar el pago y la fecha real en la cual se realizó el pago correspondiente por parte de la entidad.

AL HECHO 3.19: **ES PARCIALMENTE CIERTO**, Teniendo en cuenta que el valor estipulado por la parte demandante en el hecho corresponde al valor de las cesantías reconocidas por el año 2016, pero dicho valor no corresponde al valor del salario mensual devengado por el docente.

AL HECHO 3.20: **NO ES CIERTO**, teniendo en cuenta que los tiempos entre una fecha y otra son errados, el salario que esta tomando la parte demandante también es errado, por lo que no podría tenerse por cierto ninguno de los presupuestos estipulados en el hecho.

AL HECHO 3.21: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

AL HECHO 3.22: Me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

AL HECHO 3.23: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por



la parte demandante.

AL HECHO 3.24: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por la parte demandante.

AL HECHO 3.25: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por la parte demandante.

AL HECHO 3.26: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por la parte demandante.

AL HECHO 3.27: **ES CIERTO**, de acuerdo a la documental aportada dentro del proceso por la parte demandante.

AL HECHO 3.28: **ES CIERTO**, de acuerdo a la normatividad vigente. Aunque me permito aclarar que no se trata de un hecho del proceso, se refiere a la normatividad existente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

ANTECEDENTES.

La Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual reza textualmente: 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 generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. Es importante, precisar que el contrato de fiducia mercantil que el Estado celebró para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo suscribió con la Fiduciaria La Previsora S.A., la cual actúa como vocera y administradora del fideicomiso.

Es por lo anterior, que el Ministerio de Educación Nacional debe tenerse como responsable de prestaciones económicas de los educadores por ser una entidad independiente y distinta de las entidades territoriales certificadas en educación, las cuales al expedir el acto administrativo de reconocimiento de una prestación económica, son las llamadas a resolver las solicitudes y peticiones de los educadores vinculados a sus plantas de personal en relación con las inconformidades o falencias de los actos proferidos por ellas.

Adicionalmente, el decreto 2831 de 2005, estipula lo referente a la radicación de las solicitudes y las mismas deberán ser efectuadas en la secretaria de educación de los entes territoriales o la

dependencia o entidad que haga sus veces.

El decreto anteriormente descrito tiene carácter especial, el mismo reglamentan el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005. Creando un proceso exclusivo para el trámite de prestaciones sociales a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio, en el cual se determinan las etapas, términos y formalidades para este efecto, tal es así que los artículos 4 y 5 del decreto disponen lo siguiente:

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.*

ARGUMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA.

RÉGIMEN APLICABLE.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C- 298 de 2006, Magistrado ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, manifestó lo siguiente:

“(...)Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado. (...)”

Reforzando lo anterior, mediante la sentencia C-461 de 1995, la Corte Constitucional señaló lo



siguiente:

“(...) Ahora bien, en materia de regímenes especiales, como lo es aquel del Magisterio, que como se ha visto comprende al mismo tiempo aspectos prestacionales y de seguridad social, reiteradamente la Corte ha señalado que aquél no es, en sí mismo, violatorio del derecho a la igualdad. (...)”.

La unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018³, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

No obstante lo anterior, la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al Fomag.

Si bien es cierto, el **Decreto 1272 de 2018**, modificó entre otras cosas el procedimiento para el reconocimiento de cesantías por parte de las entidades territoriales certificadas, ajustando los términos para resolver las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, la atención a de las mismas está sujeta al turno de radicación de la solicitud y a la disponibilidad presupuestal para que el pago exista.

Sobre el procedimiento contemplado en la normatividad citada, se expone lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

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

A su vez dentro del mismo término, la sociedad Fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin, como lo regula el Decreto 1272 de 2018:

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días

³ Sentencia SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del Consejo de Estado.

hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARÁGRAFO. *Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, el Decreto 1272 de 2018 ajustó los términos del trámite de reconocimiento de cesantías a los quince días previstos en la Ley 1071 de 2006, sin embargo el trámite previsto en el **Decreto 2831 de 2005**, sigue igual, pero acortado en los términos para que la entidad territorial envíe a la sociedad fiduciaria el proyecto de resolución y para que la sociedad fiduciaria lo apruebe o no.

En la actualidad, el procedimiento para reconocer una prestación, incluyendo el pago de cesantías, es un procedimiento complejo que involucra a la entidad territorial y a la Fiduprevisora S.A., de acuerdo con el artículo 56 de la **Ley 962 de 2005**, que dispone:

“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”.*

De este modo, la solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas debe presentarse ante la última entidad territorial en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado. Las secretarías de educación respectivas deben recibir y radicar las solicitudes, expedir las certificaciones, subir a la plataforma los proyectos de acto administrativo, suscribir los actos administrativos de reconocimiento y remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos con la constancia de ejecutoria.

Para el reconocimiento de cesantías, y con el fin de observar el término de quince días previsto en la **Ley 1071 de 2006**, la entidad territorial tiene cinco días para elaborar un proyecto de acto administrativo y remitirlo a la sociedad fiduciaria, la fiduciaria tiene cinco días para expedirlo y aprobarlo u objetarlo, y la entidad territorial tiene otros cinco días para expedir el acto administrativo.

De acuerdo con lo anterior, pueden surgir varias situaciones por las cuales la mora resulta inimputable al Ministerio de Educación Nacional, pues puede generarse en las siguientes circunstancias: i) en la expedición del acto administrativo, fruto de una demora de la entidad territorial en enviar el proyecto de acto administrativo o en expedirlo luego de recibidas la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria, ii) en la expedición del acto administrativo, producto de la demora de la sociedad fiduciaria en hacer la revisión respectiva; iii) una vez expedido el acto administrativo, por demoras en la notificación del mismo, o iv) una vez expedido y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal.

Nótese cómo en cualquiera de éstos casos, el pago de la sanción por mora corre a cargo del FOMAG, **a pesar que la mora haya sido causada por la entidad territorial**, y aunque la sociedad fiduciaria como administradora y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible (conforme al Decreto 1272 de 2018⁴), tal situación es gravosa para la Nación pues genera más cargas.

Sumado a las anteriores dificultades, en el último evento generado por la demora por falta de disponibilidad presupuestal, la normatividad aplicable al pago de prestaciones sociales del magisterio deja muy poco tiempo para realizar el pago, pues los 45 días de plazo para el pago comienza a correr desde que el acto administrativo debió cobrar ejecutoria, de otro lado, aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas sean expedidos en tiempo por las Secretarías de Educación certificadas, ello no implica que el pago sea inmediato pues se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual *“no se puede hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos”*, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

⁴ **ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria.** El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.

En razón a lo anterior, vale la pena traer a colación lo previsto por el legislador en el nuevo **Plan Nacional de Desarrollo. LEY 1955 de 2019**, que dispone en su **artículo 57** lo siguiente:

...”Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”...

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

En este orden de ideas, surgen problemas tanto jurídicos como operativos que generan la sanción por mora en el pago de las prestaciones sociales de los educadores nacionales, razón por la cual, debe analizarse el motivo que generó la mora en el caso que nos ocupa para determinar si corresponde a la Nación Ministerio de Educación Nacional, el pago de la misma.

NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA.

El termino para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se encuentra regulado en la Ley 1071 de 2006, a su vez, en los artículos 4.º y 5.º de esta normativa se estableció los términos en que dicha prestación debe ser reconocida, los cuales que fueron estudiados en diversas oportunidades por el Consejo de Estado, lo que conlleva a fijar unos parámetros para determinar su causación.

De igual manera, es pertinente resaltar que el artículo 5 ibídem, señala que el término de 45 días comenzará a contabilizarse a partir de la firmeza del acto administrativo, de esta manera lo precisó:

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. (Negritas y subrayado fuera del texto)

Por consiguiente, es claro que para determinar la fecha en que el acto administrativo adquirió firmeza, es necesario remitirnos a la normativa contenciosa administrativa vigente a la fecha en la cual se realizó la solicitud, es decir 5 días para que cobre firmeza con el Decreto 01 de 1984 y 10 días con la Ley 1437 de 2011.

En este punto, se advierte que el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 expuso:

ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el

dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Negritas fuera de texto)

Visto lo anterior y teniendo en cuenta que en el *sub examine* el accionante manifiesta que presentó la solicitud de reconocimiento de cesantías el en el año 2017, la ley aplicable para contabilizar la firmeza del acto administrativo que le reconoció las cesantías es la Ley 1437, como quiera que esta entró en vigencia a partir del 2 de julio de 2012 y la petición fue posterior a dicha fecha.

IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN.

En sentencia C-448 de 1996, la corte constitucional examinó la exequibilidad del párrafo transitorio de la ley 244 de 1995 y expresó:

“(...) la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”

Aunado a esto, en reciente Sentencia de Unificación la Sección Segunda del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa definió el fenómeno de la indexación en los siguientes términos:

“(...) La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario

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

Igualmente en dicha providencia se sentaron las siguientes reglas jurisprudenciales:

“(...) 3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA. (...)”.

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

La condena en costas se encuentra regulada en el artículo 188 de la Ley 1437, que en su tenor literal dispone:

“Art. 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Es así, como el artículo citado previamente remite de manera expresa al Estatuto Procesal que será aplicable, el cual corresponde a la Ley 1564 de 2012.

Ahora, descendiendo a la norma procesal aplicable el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“Artículo 365. Condena en costas. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
[...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...]*(Negrita y subrayado fuera de texto)*

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

Por otro lado, vale la pena resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, motivo por el cual se hace inescindible desvirtuar la buena fe de la entidad.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de

Estado:

“En cuanto a las costas¹¹, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

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

Bajo este contexto, es claro que la condena en costas no es objetiva, sino que es deber del juez atender al principio de buena fe del que goza la entidad respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, que desvirtúa la presunción de buena fe, por lo que no procede tal condena.

EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito al señor juez que en caso de no atenderse favorablemente la anterior excepción previa, se declaren probadas las siguientes:

DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO

Las pretensiones y condenas solicitadas por la parte demandante, busca menoscabar el patrimonio del Estado, por un derecho que no le pertenece, ni mucho menos que le asiste. Aunado a lo anterior va en contra de la misma Constitución Política, artículo 90, ya que el sentido y el alma del artículo constitucional es salvaguardar los recursos y el erario públicos, ya que la parte actora busca menoscabar las arcas del estado con estas pretensiones que no tienen por qué prosperar, por todo lo señalado con anterioridad.

COBRO DE LO NO DEBIDO

En el caso en concreto, existe cobro de lo no debido, al pretender la parte demandante el pago de una Sanción Moratoria a partir del día 20 contado desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la cesantías parcial, y hasta una fecha posterior a la cual se pusieron a disposición de la demandante los dineros, por cuanto como se encuentra demostrado con la documental que reposa dentro del expediente, el pago de los dineros se realizó anterior a la fecha que pretende la demandante se tome como disposición de los dineros.

BUENA FÉ

Mi representado ha actuado de buena fé como quiera, que de acuerdo al trámite establecido en la Ley, los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de los docentes dependen no solo del correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos por parte de la entidad territorial que pertenece el docente y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino también de la disponibilidad presupuestal, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 38 de 1989 y demás normas que han modificado y/o adicionado, que regulan lo correspondiente al régimen presupuestal de las sociedades de economía mixta como lo es la Fiduprevisora S.A.

GENÉRICA

Solicito al Despacho reconocer oficiosamente las que resulten demostradas en el curso del proceso y cuyas circunstancias obstruyan el nacimiento o determinen la extinción de los efectos en que se apoyan la demanda y que impidan parcial o totalmente el pronunciamiento judicial impetrado por el demandante inicial, en aplicación a lo ordenado por el artículo 282 del C.G.P.

MEDIOS DE PRUEBA

Muy respetuosamente manifiesto al despacho que la competencia para los reconocimientos de prestaciones sociales, contratación de servicios médicos y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por mandato legal no corresponden a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y por tanto, la documentación que pueda conformar los expedientes administrativos relacionados tampoco está bajo la custodia de la entidad que represento, ni reposa en sus archivos, lo que representa una imposibilidad material de aportar el mismo a los trámites judiciales que se adelantan ante cualquier jurisdicción. Razón por la cual solicito al despacho muy respetuosamente que se requiera al ente territorial con el fin de que allegue el Correspondiente expediente administrativo.

Solicito señor Juez se sirva tener como tales las documentales solicitadas por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las que obren en el expediente en lo que a mi representada beneficien.

ANEXOS.

1. Poder especial debidamente constituido.
2. Sustitución del antes referido poder
3. Copia de la Resolución No. 002029 del 04 de Marzo de 2019, expedida por la Ministra de Educación Nacional.

NOTIFICACIONES.

- La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá,
- A los correos electrónicos procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;



notjudicial@fiduprevisora.com.co

Del señor Juez,

Atentamente,

PAOLA ANDREA PARDO MARÍN

C.C. 1.030.531.525 Bogotá

T.P 185.722 C. S. J.

Proyecto: PAOLA ANDREA PARDO MARÍN
Reviso: FABIÁN RICARDO FONSECA PACHECO

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

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