



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO DE LA CONTESTACION Y LAS EXCEPCIONES
ART 175 C.P.A.C.A**

SGC

HORA: 8:00 a.m.

JUEVES, 11 DE FEBRERO DE 2021

M.PONENTE: JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
RADICACION: 13001-33-33-012-2019-00078-01
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: DAVID GROVES WARD SALCEDO
DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a las partes de la Contestación de la demanda presentada por DIEGO FERNANDO AMEZQUITA AREVALO, en calidad de apoderado (a) judicial de la FIDUPREVISORA, el día 21 de enero de 2021.

EMPIEZA EL TRASLADO: VIERNES, 12 DE FEBRERO DE 2021, A LAS 8:00 A.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
Secretaria General

VENCÉ EL TRASLADO: MARTES, 16 DE FEBRERO DE 2021, A LAS 5:00 P.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
Secretaria General

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso

E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 6642718

RV: 130013333012201900078 contestación de demanda

Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Cartagena
<stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 21/01/2021 11:42 AM

Para: Notificaciones Despacho 05 Tribunal Administrativo - Bolivar - Cartagena <desta05bol@notificacionesrj.gov.co>

 5 archivos adjuntos (21 MB)

contestacion DAVID GROVES WARD SALCEDO.pdf; poder 02.pdf; ESCRITURA 0480.pdf; ESCRITURA 522.pdf; ESCRITURA 1230.pdf;

De: Amezquita Arevalo Diego Fernando [mailto:t_damezquita@fiduprevisora.com.co]
Enviado el: jueves, 21 de enero de 2021 11:24 a. m.
Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Cartagena
Asunto: 130013333012201900078 contestación de demanda

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
Respetado JUEZ:

Proceso : **130013333012201900078**

REF: contestación de demanda

Yo DIEGO FERNANDO AMEZQUITA AREVALO identificado con C.C 1.026.287.781 y T.P 299894 del C.S.J abogado de la Fiduprevisora (FOMAG)

Mediante el presente correo envió para su radicación de contestación de demanda del proceso en referencia.

Agradezco la atención prestada

La información contenida en este correo y sus anexos es confidencial y/o privada. Solo puede ser utilizada por la persona o empresa a la cual está dirigida. Si Usted no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este correo es prohibida y sancionada por la ley. Si por error recibe este correo, por favor reenviarlo al remitente de Fiduprevisora S.A. y/o elimine el mensaje original incluyendo sus archivos anexos. La respuesta a este correo con el envío de información personal, propia o de terceros, implica su aceptación inequívoca al eventual uso o tratamiento de datos personales que realice Fiduprevisora S.A conforme a las finalidades contenidas en la política de protección de datos personales publicada en www.fiduprevisora.com.co, en la cual se detallan entre otros aspectos, los derechos que le asisten como titular de información para realizar consultas, peticiones o reclamos relacionados con el tratamiento de información por parte de Fiduprevisora S.A. Así mismo, podrá solicitar información relativa a protección de datos personales en los siguientes canales de atención: Dirección Calle 72 No. 10-03, Bogotá, Teléfono (1) 5945111 o al correo electrónico: protecciondedatos@fiduprevisora.com.co. “Defensoría del Consumidor Financiero – Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity de la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. Correo electrónico: 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. Fiduprevisora S.A. remite la información contenida en este mensaje de datos por considerar que es de su interés.



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

E. S. D.

Radicación:	130013333012201900078
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	DAVID GROVES WARD SALCEDO
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto:	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

DIEGO FERNANDO AMEZQUITA AREVALO identificado con cedula de ciudadanía número 1.026.287.781 de Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional 299.894 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado sustituto de **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, - FIDUPREVISORA S.A.**, vocera y administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**-, según poder de sustitución otorgado por el **DR. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS** identificado con cedula de ciudadanía No 80.211.391, abogado asignado por la Fiduprevisora S.A, para ejercer representación judicial de la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** según consta en escritura pública No 522 del 28 de marzo de 2019, emitida por la **NOTARIA TREINTA Y CUATRO DEL CIRCULO NOTARIAL DE BOGOTA**, que fuere aclarada mediante escritura pública No 480 del 03 de mayo de 2019, emitida por la notaria 28 del circulo notarial de Bogotá. Finalmente aclarada por la escritura pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, protocolizada en la notaria 28 del círculo de Bogotá; mediante el presente escrito y dentro del término legal me permito presentar **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**, 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

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

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 notaria Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial 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 fideicomitidos 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:

1. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto tanto las declarativas como las de restablecimiento del derecho no están llamadas a prosperar en contra de mi representada, por las razones que se expondrán a lo largo del escrito de contestación, a saber:

DECLARATIVAS

PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA: Me **OPONGO** como quiera que la parte accionante NO le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías en los términos indicados; en suma, debe ponerse de presente que, la Ley 1071 de 2006 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de estas, aunado al hecho de que esta disposición regula lo concerniente a una figura de carácter sancionatorio, lo que implica que no puede ser aplicable por analogía a situaciones que no estén previstas en dicha ley.

CONDENA

PRIMERA: Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

SEGUNDA: Me **OPONGO** debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de las pretensiones declarativas, de tal suerte que, al desecharse por improcedentes, las pretensiones condenatorias deberán correr la misma suerte.

TERCERA: Me **OPONGO** en cuanto la pretensión NO tiene vocación de prosperidad, aunado a que no es procedente ordenar el ajuste de la sanción moratoria a valor presente, pues, se trata de valores

² Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234.

monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

CUARTA: Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

QUINTA: Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

SEXTA: Me **OPONGO** debido a que NO existe fundamento fáctico ni jurídico alguno que habilite al Despacho a emitir condena en costas en contra de mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 de Código General del Proceso ni el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

2. EN CUANTO A LOS HECHOS

FRENTE AL HECHO PRIMERO: Al respecto debe indicarse que **NO ES UN HECHO**, en tanto corresponde a una referencia normativa, la cual no constituye fundamento fáctico que soporte la imputación de la presunta ilegalidad que se le endilga al acto enjuiciado a través del medio de control.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: El hecho en mención **ES CIERTO**, ello si se considera que de conformidad con el material probatorio allegado con el escrito de demanda se puede corroborar tal indicación.

FRENTE AL HECHO TERCERO: El referido hecho **ES CIERTO**, tal y como se indica por el apoderado judicial de la parte demandante, pues se corrobora con la Resolución de reconocimiento a la que se hace referencia, y la cual fue debidamente allegada con el escrito inaugural del medio de control.

FRENTE AL HECHO CUARTO: El referido hecho **NO LE CONSTA A ESTA PARTE**, ello debido a que, con el traslado de la demanda notificada a esta entidad, NO se acompaña certificado de valores y conceptos devengados del hoy demandante, donde se pueda determinar la veracidad de tal afirmación.

FRENTE AL HECHO QUINTO: El hecho en mención **ES CIERTO**, ello si se considera que de conformidad con el material probatorio allegado con el escrito de demanda se puede corroborar tal indicación.

FRENTE AL HECHO SEXTO: El hecho en mención **ES CIERTO**, ello si se considera que con el soporte de radicación al que se hace mención, y allegado con el escrito de demanda se puede corroborar tal indicación.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO: La referencia **NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO**, sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, que valga advertir, carece de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tal indicación.

3. EXCEPCIONES PREVIAS

- CADUCIDAD

Mediante auto del 12 de septiembre de 2019, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER, dentro del expediente con radicado 47001-23-33-000-2019-00137-01(2957-2019), consideró que:

“Las cesantías son una prestación social de carácter unitaria y no periódica, aun cuando la liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, que se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.

La Corporación en relación con el término de caducidad para reclamar la reliquidación de las cesantías, y los hechos nuevos, puntualizó:

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C.C.A.

En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto (...)”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En tal sentido, el máximo tribunal de la jurisdicción sentó su postura, indicando que en los casos como el que ocupa la atención en sede del presente medio de control, la demanda debió presentarse dentro del término de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, *so pena* de configurarse el fenómeno de la caducidad en el caso concreto.

En todo caso, debe ponerse de presente que el comunicado de Fiduprevisora S.A., tal y como fuere reconocido la providencia a la que se ha hecho mención, NO constituye un hecho generador de una expectativa legítima de mejoramiento de la cesantía reconocida, si se considera que:

“La sección segunda de esta Corporación, en sentencia de unificación de 14 de abril de 2016, precisó que con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013, el gremio docente, sin distingo alguno, tiene derecho a la prima de servicios a partir del año 2014, en cuantía equivalente a siete días de la remuneración mensual, y desde el año 2015, por valor de 15 días.

Así las cosas, la actora pudo pedir, en oportunidad, el reajuste de la cesantía definitiva reconocida, con la inclusión del concepto atrás aludido, fundada en las previsiones del Decreto 1545 de 2013, las cuales dieron lugar número de solicitudes y demandas que la Administración quiso frenar con los comunicados, circulares y conceptos atrás referidos”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Con todo lo anterior, queda debidamente acreditada la configuración de la excepción propuesta, y en tal sentido se solicita al Despacho declarar probada la misma.

- **FALTA DE COMPETENCIA FACTOR CUANTÍA**

La competencia es una limitante de la potestad de jurisdicción y se refiere al conocimiento de los diferentes asuntos por un determinado juez. Así mismo, ha dicho la doctrina que la competencia es una clara emanación de la jurisdicción frente a un caso concreto, quiere decir que es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.³

Entendido el concepto de competencia, al existir multitud de jueces en el territorio nacional, se deben tener en cuenta algunos factores cruciales para determinarla, *grosso modo*, los siguientes: i) **factor objetivo**, está definido por la naturaleza del asunto y en algunos casos por la cuantía; ii) **factor subjetivo**, recae en la calidad del sujeto o de la entidad que actúa como parte en el proceso; iii) **factor territorial**, depende de la organización judicial y de criterios como el domicilio, lugar de expedición del acto y de la naturaleza de la entidad que lo expide; iv) **factor funcional**, está estrechamente ligado a la regla de la doble instancia y al factor objetivo estudiado, toda vez que permite que los jueces de superior jerarquía revisen las decisiones del *a quo* para dar mayor seguridad jurídica y corregir los yerros en los que este haya incurrido. Además, la cuantía y la naturaleza del asunto permitirán definir a que juez le corresponde conocer en única, primera o segunda instancia⁴; y por último, v) **el factor de conexidad** que encuentra su determinación con base al principio de economía procesal y permite la acumulación de pretensiones, así como la acumulación de diferentes procesos.

Dicho esto, el legislador, con el fin de evitar que los usuarios designen, por sí mismos, los jueces que consideren convenientes para que conozcan y resuelvan sus procesos judiciales, estableció en los códigos de procedimiento las competencias que cada operador jurídico tiene para conocer de una asunto en particular, teniendo en cuenta, como se explicó, la naturaleza del asunto, la cuantía y, en los casos en que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la entidad y el lugar en el que se expidieron los actos administrativos demandados.

En este orden, respecto de la competencia de los Jueces Administrativos para conocer los procesos relativos al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el numeral 2 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe lo siguiente:

Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

³ Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso. Editorial Dupré Editores (2016), pág. 230.

⁴ Código General del Proceso – Parte general. Hernán Fabio López Blanco. DUPRÉ Editores 2016. Pág. 256 « [...] se debe resaltar que si bien este factor se aplica en todo los eventos de asignación de competencia, en ningún caso se contempla de manera exclusiva el factor funcional pues siempre actúa coordinadamente con otros, en especial con el objetivo.»

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)”

De otro lado, para que la competencia se radique en los Tribunales Administrativos, respecto de éste mismo medio de control, el artículo 152, numeral 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe:

“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos

En primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera Instancia de los siguientes asuntos:

(...)

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes

(...)”

Ahora bien, para efectos de determinar la competencia en razón de la cuantía, el artículo 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala lo siguiente:

“Artículo 157. Competencia por razón de la cuantía. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor. En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.

Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto

desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años”.

Bajo este contexto, se advierte que la determinación de la cuantía efectuada por la accionante corresponde a **\$110.566.914**, por lo que, contrastada con la competencia prevista en el numeral 2 del artículo 155 *ejusdem*, es evidente que no el conocimiento del presente asunto le corresponde al Tribunal Administrativo de Boyacá - Reparto, en el entendido de que supera los 50 salarios mínimos.

4. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**

El acto administrativo acusado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre vicio de nulidad alguna, toda vez que el acto administrativo acusado de ninguna manera ha perdido su presunción de legalidad, ya que la demanda carece de fundamento jurídico que la sustente.

- **IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 1071 DE 2006 EN CASOS DE REAJUSTE DE LA LIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS**

La sanción moratoria en materia de cesantías, consiste en aquella penalidad que se impone cuando la entidad pública pagadora, omite efectuar el desembolso del auxilio de las cesantías solicitado por el trabajador en el plazo máximo previsto por la ley para tal efecto.

En lo relativo al término para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, se advierte que el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, por la cual se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación, dispone lo siguiente:

*“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.
[...]”*

De la norma transcrita, se infiere que la administración cuenta con un plazo de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la radicación de la solicitud de dicho auxilio, para expedir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento, siempre que la petición reúna los requisitos determinados en la ley.

Por su parte, el párrafo del artículo 5 *ibidem* se encarga de regular lo concerniente al plazo máximo para el pago de las cesantías y la sanción que acarrea desconocer los términos previstos en dicha normativa, en efecto indica:

“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”. (Negrillas fuera del texto)

Ahora, en cuanto a su aplicación al sector docente el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018 se indicó:

*“Los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de **empleado público** en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley. Por lo anterior, **la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional**”.* (Negrillas fuera del texto)

Respecto a la sanción moratoria por el pago tardío del reajuste de las cesantías, es del caso indicar que el Consejo de Estado en reiteradas providencias se ha pronunciado sobre su improcedencia, ya que la penalidad procede frente al reconocimiento y pago tardío de la prestación inicial, pero no frente al pago tardío de ajustes realizados a la liquidación de la cesantía, de esta manera lo efectuó en la sentencia del 13 de agosto de 2018:

“Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías.

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuado pronunciamientos en los cuales ha señalado que la finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenérsele en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial". (Negrilla fuera del texto original)

En igual sentido sostuvo esa Corporación en sentencia de cuatro (4) de octubre de 2018.

"Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

(...)

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

"(...) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(...)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley"

Finalmente, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se reafirma la postura pacífica que respecto del particular se ha construido, considerando que:

"Por ello, es necesario precisar que la Sala, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de tal prestación que se originen a causa de un incremento salarial tardío y la consecuente reliquidación de la prestación. Sobre el particular, se ha dicho:

En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación²³; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.²⁴ (Se resalta).

En similares términos se señaló en sentencia²⁵ cuyo aparte se transcribe:

[...]En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

[...]

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley²⁶. (Negrilla fuera de texto).

*Así las cosas, se debe concluir que el hecho de que se hubiera ordenado un valor **por concepto de reliquidación de las cesantías**, posterior al acto de reconocimiento de la prestación definitiva, y este se hubiera pagado en forma inoportuna, no da lugar a reconocer la indemnización moratoria que se reclamó en la demanda²⁵.*

Por lo expuesto, se concluye que el propósito de la Ley 1071 de 2006 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de las mismas, sino por el pago inoportuno de las cesantías, bien sea parciales o definitivas.

Aunado a lo anterior, es evidente que esta figura pertenece al derecho sancionatorio, el cual prevé que las sanciones no se pueden aplicar por analogía ni por vía de interpretación, sino que tienen que estar expresamente previstas en la Ley aplicable.

- **IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE SANCIÓN MORATORIA POR SER BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS**

Aún en el evento en que el Despacho decida apartarse de la postura consolidada por el Consejo de Estado, el reconocimiento de la sanción por mora en el pago contenida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 resulta improcedente para el actor, tal y como ha dispuesto el H. Tribunal Administrativo de Boyacá a través de sus pronunciamientos judiciales, a saber, Sentencia del 29 de abril de

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicado No. 73001-23-33-000-2016-00002-01(0925-17), Sentencia del trece (13) de junio de 2019.

2019, proferida dentro del radicado No. 15001233300020170016400, con ponencia del Magistrado OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO:

“De lo anterior, se observa que actualmente no hay duda de que el personal docente puede tener derecho a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías en aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues pertenecen a la categoría de servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que al ser considerados servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, no solo les es aplicable la interpretación que sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías realiza el Consejo de Estado en la sentencia de unificación anteriormente transcrita -según la cual tienen derecho al reconocimiento y pago de tal sanción en aplicación las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006-; sino que también les es aplicable toda aquella interpretación que sobre las normas que regulan el tema ha efectuado la citada Corporación.

Así las cosas, se encuentra que además de observar la condición de servidor público para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el Consejo de Estado también verifica el tipo de régimen de cesantía de quien pretende dicho reconocimiento, pues realizado el estudio de las normas que contemplan tales regímenes ha determinado que la sanción moratoria únicamente ha sido consagrada para aquellos que tienen derecho al régimen de cesantías anualizadas y no a quienes son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Todo lo anterior permite arribar a la conclusión que para el caso concreto, resulta improcedente la el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria que se pretende, ello si se considera que la normas que contemplan tal sanción, resultan ser inaplicables al actor, si se considera que pertenece al Régimen Retroactivo de Cesantías, que de suyo le excluye del marco de aplicación de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

- **IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS**

Debe precisarse que, conforme dispone el Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

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. [...] (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

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.

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, y en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad.

El Despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

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 costas, 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”⁶.

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de 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.

Ante la falta del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas, la misma no procede, quien ha actuado en el curso del proceso en buena fe conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA**

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No. 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16), Sentencia 00476 del 6 de abril de 2017.

Sea lo último indicar al Señor Juez, que con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A., y el artículo 282 del C.G.P. (aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A.), solicito al Despacho que, en caso de encontrarse probada cualquier otra excepción dentro del trámite del medio de control, se reconozca y declare en forma oficiosa.

5. PETICIONES

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones propuestas por esta parte.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración solicito al Despacho se sirva negar las pretensiones de la demanda de conformidad con la amplia argumentación expuesta a lo largo del escrito de contestación.

TERCERO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

6. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DE DERECHO

Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 196 de 1995, Decreto 3752 de 2003, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946 y Ley 244 de 1995.

7. PRUEBAS

Solicitamos se tengan con pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.

8. ANEXOS

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

9. NOTIFICACIONES

A la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. identificada con Nit. No. 860.525.148-5 en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a la calle 72 No. 10 – 03 Piso 5 y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co.

Al suscrito en la calle 72 No. 10 – 03 de la Ciudad de Bogotá, teléfono: (571) 7444333

Atentamente,



DIEGO FERNANDO AMEZQUITA AREVALO
CC.1.026.287.781 de Bogotá DC
T.P. No. 299894 del C.S de la J



{fiduprevisora}

"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 corresponsalia 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.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda