

**\*\*RAD\_S\*\***

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: **\*RAD\_S\***

Fecha: **\*F\_RAD\_S\***

**SEÑORES**

**JUZGADO 011 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**E. S. D.**

**PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**DEMANDANTE: BLANCA NELLY LAVACUDE ESLAVA**  
**DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**  
**RADICADO: 11001333501120230000600**

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA**

**LISETH VIVIANA GUERRA GONZALEZ** mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderada sustituta de la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, entidad demandada dentro del proceso de la referencia, conforme a poder de sustitución otorgada respetuosamente solicito me sea otorgada personería jurídica para actuar en el proceso de la referencia y manifiesto a usted que por medio del presente, estando dentro del término legal para hacerlo, me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

#### **I. FRENTE A LAS PRETENSIONES**

**ME OPONGO** a la totalidad de las **PRETENSIONES DECLARATIVAS** formuladas por la parte accionante, en contra de las Entidades que represento, puesto que, una vez realizado el estudio legal de cada una de ellas, se observa que la totalidad de la presunta sanción moratoria, se causó en el año 2020, por ende, al amparo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019<sup>1</sup>, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados, el pago de la sanción debe ser asumido por el **ENTE TERRITORIAL**.

**Las Entidades que represento no se hallan legitimadas en la causa por pasiva, por cuanto la totalidad de la moratoria, se causó en el año 2020.**

En correspondencia de lo anterior, y al ser las **PRETENSIONES DE CONDENA**, consecuencia de las primeras, **ME OPONGO TAMBIÉN A LA PROSPERIDAD DE ESTAS**, puesto que, una vez realizado el estudio legal de cada una de ellas, se observa que el Ente Territorial, debe asumir la condena en el pago de la sanción moratoria

<sup>1</sup> Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".

causada a partir del 01 de enero de 2020, al amparo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados.

La Entidad Territorial, **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, sería el llamado a asumir las condenas señaladas, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados, teniendo presente que fue dicho Ente quien emitió de la Resolución a través de la cual se cancelaron las cesantías parciales a la accionante; y, consecuentemente, le asiste responsabilidad a título individual, tal como se desprende de la interpretación armónica del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

## II. FRENTE A LOS HECHOS

1. No se trata de un hecho, pues en la narrativa del togado de la parte actora no se evidencian situaciones que contengan modo, tiempo y lugar, por ello no me voy a pronunciar sobre el particular, ya que lo que si se evidencia es una transcripción de norma sobre la Ley 91 de 1989 y un comentario a manera personal.
2. No se trata de un hecho, pues en la narrativa del togado de la parte actora no se evidencian situaciones que contengan modo, tiempo y lugar, por ello no me voy a pronunciar sobre el particular, ya que lo que si se evidencia es una transcripción de norma sobre la Ley 91 de 1989 y un comentario a manera personal.
3. NO ES UN HECHO QUE LE INCUMBA A MI REPRESENTADA, es decir al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como quiera que estamos debatiendo la existencia de un pago tardío de las cesantías que podrían ocasionar el reconocimiento y pago de una sanción moratoria. No obstante, en la narrativa del apoderado de la parte actora indica que dicha omisión se dio posterior al 1 de enero de 2020, y de acuerdo a lo manifestado en el inciso 4 del artículo 57, de la Ley 1955 de 2019, esta quedará a cargo del ente territorial. Por ende se estará a lo probado dentro del proceso.
4. NO ES UN HECHO QUE LE INCUMBA A MI REPRESENTADA, es decir al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como quiera que estamos debatiendo la existencia de un pago tardío de las cesantías que podrían ocasionar el reconocimiento y pago de una sanción moratoria. No obstante, en la narrativa del apoderado de la parte actora indica que dicha omisión se dio posterior al 1 de enero de 2020, y de acuerdo a lo manifestado en el inciso 4 del artículo 57, de la Ley 1955 de 2019, esta quedará a cargo del ente territorial. Por ende se estará a lo probado dentro del proceso.
5. NO ES UN HECHO QUE LE INCUMBA A MI REPRESENTADA, es decir al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como quiera que estamos debatiendo la existencia de un pago tardío de las cesantías que podrían ocasionar el reconocimiento y pago de una sanción moratoria. No obstante, en la narrativa del apoderado de la parte actora indica que dicha omisión se dio posterior al 1 de enero de 2020, y de acuerdo a lo manifestado en el inciso 4 del artículo 57, de la Ley 1955 de 2019, esta quedará a cargo del ente territorial. Por ende se estará a lo probado dentro del proceso.
6. NO ES UN HECHO QUE LE INCUMBA A MI REPRESENTADA, es decir al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como quiera que estamos debatiendo la existencia de un pago tardío de las cesantías que podrían ocasionar el reconocimiento y pago de una sanción moratoria. No obstante, en la narrativa del apoderado de la parte actora indica que dicha omisión se dio posterior al 1 de enero de

2020, y de acuerdo a lo manifestado en el inciso 4 del artículo 57, de la Ley 1955 de 2019, esta quedará a cargo del ente territorial. Por ende se estará a lo probado dentro del proceso.

7. NO ES UN HECHO QUE LE INCUMBA A MI REPRESENTADA, es decir al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como quiera que estamos debatiendo la existencia de un pago tardío de las cesantías que podrían ocasionar el reconocimiento y pago de una sanción moratoria. No obstante, en la narrativa del apoderado de la parte actora indica que dicha omisión se dio posterior al 1 de enero de 2020, y de acuerdo a lo manifestado en el inciso 4 del artículo 57, de la Ley 1955 de 2019, esta quedará a cargo del ente territorial. Por ende se estará a lo probado dentro del proceso.
8. **Y SIGUIENTES:** NO ES UN HECHO QUE LE INCUMBA A MI REPRESENTADA, es decir al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como quiera que estamos debatiendo la existencia de un pago tardío de las cesantías que podrían ocasionar el reconocimiento y pago de una sanción moratoria. No obstante, en la narrativa del apoderado de la parte actora indica que dicha omisión se dio posterior al 1 de enero de 2020, y de acuerdo a lo manifestado en el inciso 4 del artículo 57, de la Ley 1955 de 2019, esta quedará a cargo del ente territorial. Por ende se estará a lo probado dentro del proceso.

### 1. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

La ley 91 de 1989 mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señaló en el artículo 15 de esa normatividad que el pago de cesantías estaría a cargo de la entidad de la siguiente manera:

*“(…) Cesantías:*

*Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

*Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional (...)”*

De conformidad con lo anterior, todos los miembros del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio tienen derecho a que se les cancele un mes de salario por cada año laborado a título de auxilio de cesantías, prestación que deberá ser liquidada de manera anualizada, sin retroactividad con base en el último salario devengado siempre el docente se haya vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989.

Dicha norma, si bien es cierto es clara respecto a señalar que los docentes tienen derecho a un auxilio de cesantías anualizado, no señaló cual es el término que tiene el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para reconocer dicha prestación ni contempla algún tipo de sanción en caso de que estas no se reconozcan lo que generó controversia en cuanto a cuál era el procedimiento a seguir.

Pues bien, existiendo ese vacío normativo los operadores judiciales optaron por señalar que a los docentes les es aplicable el procedimiento aplicable a los servidores públicos que se encuentra contemplado en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, norma que señaló que esas prestaciones deberán reconocerse acatando las siguientes reglas:

**“ARTÍCULO 1o.** <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

(...)

**ARTÍCULO 2o.** <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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 (...)

Entonces, conforme con la normatividad transcrita se tiene que al momento de radicar la petición, la entidad que recibe la solicitud tiene un plazo de quince (15) días para reconocer las cesantías parciales y definitivas, y la entidad pagadora a partir de la firmeza del acto, esto es cinco (5) días de ejecutoria si la petición se realizó en vigencia de la ley del decreto 01 de 1984 o diez (10) si la misma se realizó en vigencia de la ley 1437 de 2011, la entidad pagadora contará con término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para poner a disposición los recursos.

De conformidad con lo anterior, a partir del momento de la radicación de la solicitud de las cesantías parciales o definitivas por parte del servidor público, la administración cuenta con un total de sesenta y cinco (65) días para poner a disposición los recursos si la solicitud se realizó antes del 2 de julio de 2012 o setenta (70) días si la misma se realizó con posterioridad a esa fecha, so pena de incurrir en la sanción establecida en el parágrafo del artículo 2 de la ley 1071 de 2006 que señaló:

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

En tal sentido, los servidores públicos cuentan con el derecho a recibir un día de salario por cada día de retardo a título de sanción mora, si el pago de esos recursos se realizó por fuera de los sesenta y cinco (65) o setenta (70) días y deberá ser liquidado hasta el día inmediatamente anterior a la fecha en la que se efectuó su pago.

Si bien es cierto esta figura normativa existía para los servidores públicos, no existía norma explícita que señalara que la sanción moratoria es un derecho del que gozan los docentes del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del magisterio por cuanto los mismos no tenían calidad de servidores públicos sino de trabajadores oficiales para que se les aplicara esa norma, pese a que ya los operadores judiciales hubiesen decidido aplicarlo.

Es así como el H. Consejo de Estado mediante sentencia de unificación 580 del 18 de julio de 2018, Consejera Ponente Sandra Liseth Ibarra, concluyó que a los docentes afiliados a dicho fondo si le son aplicables las disposiciones contenidas en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006.

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, modifico 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 las mismas está sujeta al turno de radicación, así como a la disponibilidad presupuestal para realizar el pago.**

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

***“ARTICULO 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 del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.***

*A su vez dentro el 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.*

***“ARTICULO 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 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 contara 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.*

**PARAGRAFO.** *Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser atendidos 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 las 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 esta 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.”*

**Ahora bien, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, y esta última, en su artículo 57, reguló lo relacionado con eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prohibiendo que con cargo a los recursos de dicho Fondo se paguen las sanciones derivadas de la mora en el pago de las prestaciones, e imponiendo responsabilidad directa a la Secretaría de Educación del ente territorial por la mora en el pago de la cesantías.**

De lo expuesto, se desprende que, 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; a su vez, esta cuenta con cinco días para expedirlo y aprobarlo, u objetarlo; y la Entidad Territorial tiene otros cinco días para expedir el Acto Administrativo.

Lo planteado resume que, pueden surgir varias circunstancias por las cuales la moratoria resulta configurada a causa de la entidad territorial a favor del accionante: 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 recibida 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 y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal.

Así las cosas, tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas hasta el 31 de diciembre de 2019; en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria, corre a cargo del FOMAG, a pesar que la mora haya sido causada por la Entidad Territorial.

Situación diferente acontece tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas desde el 01 de enero de 2020 pues, en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria corre a cargo del ENTE TERRITORIAL, por expresa disposición legal.

Sentido en el cual NO debe pasarse por alto, el contenido del pluricitado **Artículo 57, Parágrafo y Parágrafo Transitorio, de la Ley 1955 de 2019** “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, el cual reproduzco *in extenso*:

(...) “Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. **No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del 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 Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías” (Subrayas y negrillas propias).

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas” (...)

**Sin mayores elucubraciones, y, brindando una interpretación armónica de la norma, es dable afirmar con grado absoluto de certeza, que dicho precepto normativo, se constituye en la norma sustancial que subsume el caso concreto, en tanto tratándose de moratoria en el pago de cesantía docente, generada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019, es el Ente Territorial el llamado asumir el pago de la moratoria generada desde el 01 de enero de 2020, en caso de declararse la Nulidad de Actos Administrativos solicitados.**

## 2. **FRENTE AL CASO CONCRETO:**

Descendiendo al caso *sub judice*, tenemos que la totalidad de la presunta moratoria, se causó así:

**En este sentido nos encontramos con que la totalidad de días de mora aducidos por parte accionante no resultan ser competencia de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FOMAG, toda vez que se generaron con posterioridad al 31 de diciembre de 2019, razón por la cual improcedente por expresa prohibición legal, de conformidad con lo establecido en el ya citado artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, mismo que establece que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios, sumado a lo anterior se evidencia que la fecha de recepción de la resolución por Fiduprevisora S.A es extemporánea.**

**Por lo tanto no es viable el reconocimiento pretendido por el accionante en tanto la moratoria no fue causada puesto que se puso a disposición el pago por concepto de cesantías antes de la fecha legalmente establecida como se evidencia, sin embargo en caso de haberse causado como se expuso anteriormente no le asiste LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA a mi representada.**

### **5.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**

La legitimación ad causam, es aquella condición con la que todos los sujetos procesales que conforman la litis, comparten la titularidad de una relación jurídica sustantiva indivisible, de acuerdo con las normas del derecho material que es la que otorga dicha legitimidad. En tal sentido la participación o intervención de los litisconsortes en el procedimiento debe ser imprescindible, a fin de obtener una sentencia de mérito o de fondo, en este sentido el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00271-01(51514) estableció al respecto lo siguiente:

*(...) “La legitimación en la causa, sea por activa o por pasiva, es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte. Es una facultad que le asiste a una persona, sea natural o jurídica, para ostentar dicha calidad y, por ende, formular unas pretensiones atinentes a hacer valer un derecho subjetivo sustancial o contradecirlas y oponerse a ellas. El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A., prevé las excepciones previas como medios de defensa del accionado encaminados a dilatar la entrada a juicio” (...)*

Así las cosas se destaca que desde la Teoría General del Proceso, este medio exceptivo se configura, por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio. Así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron origen a la demanda.

Amparado en dicho presupuesto, ha de observar el Despacho, que, en concordancia con las normas sustanciales –ya reseñadas–, que subsumen el caso sub lite, LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, no es responsable del pago de la misma, por cuanto la moratoria se generó en vigencia del año 2020, periodo que debe ser asumido Por EL ENTE TERRITORIAL

Es decir, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, causadas desde el 01 de enero de 2020, sería responsable del pago, EL ENTE TERRITORIAL respectivo.

**Conforme a lo anterior se resalta que la entidad territorial expidió el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías con posterioridad al término establecido para tal fin evidenciándose una clara responsabilidad por la mora causada en el presente proceso, sumado a lo anterior la sanción moratoria fue causada en 2020, razón por la cual no le compete a la Nación – Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, realizar el pago alguno por concepto de sanción mora a la luz del parágrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 25 de mayo de 2019, que versa:**

(...) **“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. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

**Parágrafo transitorio.** Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo” (...)

De tal suerte, que a mis representadas **NÓ** le asiste ninguna obligación relacionada con la concesión de la pretensión del accionante por cuanto no es sujeto susceptible de obligaciones ni derechos, aunado al hecho que éstas por ley están reservadas a las entidades territoriales.

**Por ende, no le asiste legitimación en la causa por pasiva a las Entidades que represento, en el pago de condenas generadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2019.**

Con base en lo anterior, manifiesto a su Honorable Despacho, que la parte accionante comete un yerro al determinar que es a **LA NACION – MEN - FOMAG**, a quienes le corresponde el pago de la sanción moratoria pretendida; ya que, como se reitera, por mandato expreso legal, la legitimada para asumir eventuales declaraciones y condenas respecto a esta situaciones de hecho y derecho, generadas desde el 01 de enero de 2020, es el respectivo **ENTE TERRITORIAL**.

Solicito se declare la presente excepción, por hallarse plenamente acreditada.

## **5.2 INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR NO CUMPLIR CON EL ARTÍCULO 161 CPACA. NO SE DEMOSTRÓ LA OCURRENCIA DEL ACTO FICTO**

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

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

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

[...]

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

#### b.- Actual regulación procesal sobre la materia

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

#### i- Supuestos que configuran excepciones previas.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Esta se configura por dos razones:

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

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

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

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

**No obstante se incumplió con el ya mencionado requisito al no presentar prueba que evidenciara que la administración no dio respuesta en el término correspondiente (3 meses según el artículo 83 de la Ley 1147 de 2011). Para ello, el accionante debió pedir mediante un derecho de petición dirigido a la administración, un informe sobre la respuesta a la solicitud que se pretende controvertir en el presente como lo es la respuesta de un derecho de petición en la que la administración le informe si efectivamente se le dio respuesta a la solicitud, en el presente caso, al no haberse cumplido con dicho requisito, no existe certeza sobre si se configuró el acto ficto que se alega, por lo que no se cumple con el requisito señalado en el artículo 166 de la ley 1147 de 2011.**

Solicito se declare la presente excepción, por hallarse plenamente acreditada.

### **3. EXCEPCIONES DE MÉRITO**

#### **6.1 DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE MORATORIA, CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019, DEBE OPERAR LA DESVINCULACIÓN DEL PROCESO DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO.**

Opongo la excepción de mérito mencionada, la cual halla sustento de la siguiente forma:

Teniendo presente las previsiones que en la materia estipula la Ley 1071 de 2006, en armonía con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, a través de FIDUPREVISORA S.A, adoptó como política interna, el pago de la sanción moratoria derivado del reconocimiento tardío de las cesantías parciales o definidas docentes, con corte al 31 de diciembre de 2019.

Lo anterior se explica, con ocasión a la asignación de recursos TES para financiar este tipo de sanciones, según se desprende del Parágrafo Transitorio del Artículo 57 de la mentada Ley 1955 de 2019.

A su vez, la fecha limitante del 31 de diciembre de 2019, para el pago de estas sanciones moratorias, halla fundamento jurídico en el inciso final del citado Artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el cual **PROHIBE el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

En razón a lo anterior, tal como lo acredita probatoriamente el demandante, y tal como fue diagramado líneas arriba, la sanción mora aquí debatida, se causó exclusivamente en el año 2020, entonces, fácticamente no existe obligación que deba cancelar mis representadas, al hoy demandante.

Como consecuencia directa de lo relatado, debe proceder la **DESVINCULACIÓN DEL PROCESO DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE MORATORIA, CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019.**

Obsérvese los presupuestos fácticos mediante los cuales fueron convocadas a la presente Litis, **LA NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA S.A.,** no existen en el plano fenomenológico.

Detállese que mis representadas fueron convocadas, con ocasión a la exigencia de pago de la sanción moratoria generada por la cancelación tardía de las cesantías que le fueron reconocidas el accionante, mediante Resolución N° 001653 de fecha 14 de agosto de 2020

Tal como en forma solvente he analizado y explicado las normas sustantivas y adjetivas que subsumen la presente Litis, y en concordancia con la fundamentación efectuada en la formulación de las anteriores excepciones, redundo en claridad que mis poderdantes, deben ser desvinculadas del presente proceso, por cuanto no se causó ni siquiera un día de mora, con corte a 31 de diciembre de 2019. Contrario a ello, la totalidad de la presunta tardanza, se generó en el año 2020. (Art 57 ley 1955 de 2019)

Es que, si la mora no fue causada en el año 2019, no se yergue motivo alguno para mantenerlas atadas a una Litis donde se halla probado con solvencia, y con medios probatorios de contundente valor suasorio, que la moratoria se estructuró en el año 2020, y que por mandato legal, le asiste la responsabilidad de pago al Ente Territorial, en el evento de declararse la Nulidad de los Actos atacados.

Al no existir prestación que adeuden las Entidades que represento, al demandante, solicito al Juez de la causa, hallar acreditada la presente excepción, y declarar la desvinculación de estos Entes, del presente proceso; pues la carga recae sobre el Ente territorial.

## 6.2 AUSENCIA ACTUAL DE OBJETO LITIGIOSO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, COBRO DE LO NO DEBIDO

Opongo las excepciones conjuntas de INEXISTENCIA ACTUAL DE LA OBLIGACION, AUSENCIA DE OBJETO LITIGIOSO, y COBRO DE LO NO DEBIO FRENTE A LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, las cuales halla sustento de la siguiente forma:

Una vez realizado el cómputo de la moratoria solicitada por el demandante, es evidente que la totalidad de esta se causó en el año 2020; y como se ha señalado, la responsabilidad del FOMAG en el pago de sanción moratoria, se extiende únicamente al 31 de diciembre de 2019, por expresa disposición legal.

Derivado de lo expuesto, surge la inexistencia de la obligación frente a las Entidades que represento, por falta de causación de la mora en el año 2019, evidenciándose entonces que el proceso adolece actualmente de objeto litigioso, respecto a las Entidades que represento, por cuanto, se reitera, la moratoria se abre paso exclusivamente en vigencia de la anualidad 2020

Se estructura el cobro de lo no debido en el presente caso, toda vez que, como se reitera, el pago de obligación que habría de corresponderle a mis representadas, jamás se causó en la realidad fáctica

Por lo expuesto, solicito al Señor juez, hallar acreditada las presentes excepciones, y proceder a su declaratoria, con las consecuencias benéficas a las Entidades que apodero.

## 6.3 AUSENCIA ACTUAL DE PRESUPUESTOS MATERIALES

Desde la Teoría General del Proceso, pasando por Carnelutti, Couture y Dévis Echandía, hemos aprendido que los presupuestos materiales, son requisitos *sine qua non* de la pretensión, dentro de los cuales se hallan, la legitimación *ad causam*, y el interés jurídico.

Este último presupuesto, consiste en la lesión jurídica que se estructura de la relación sustancial, cuyo reconocimiento se invoca.

En el caso *sub examine*, el accionante pretende el pago de la sanción moratoria tantas veces citada, y, debido a ello, formula la pretensión en contra de las Entidades presuntamente legitimadas; mismas que, en ejerciendo derecho de defensa, acreditan que la responsabilidad en el pago de este tipo de sanción, se limita al 31 de diciembre de 2019.

La consecuencia directa de la anterior situación, es la **inexistencia actual de lesión jurídica para el demandante, respecto de mis representadas**, y, por ende, la falta de interés jurídico actual, para que la pretensión tenga vocación de prosperidad.

Entonces, si la pretensión no tiene vocación de prosperidad en la actualidad, es debido a que la moratoria no se causó en el año 2019 sino en el año 2020 en forma total; asunto que solo puede desembocar en la declaratoria de AUSENCIA ACTUAL DE PRESUPUESTOS MATERIALES, frente a las Entidades que represento, y, por ende, la liberación de la pretensión incoada en contra de estas.

Por lo expuesto, solicito al Señor Juez, hallar acreditada la presente excepción, y proceder a su declaratoria, con las consecuencias benéficas a las Entidades que apodero.

#### **6.4 LEGITIMACION EXCLUSIVA EN LA CAUSA POR PASIVA DEL ENTE TERRITORIAL, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS, DERIVADAS DE SANCION MORATORIA GENERADAS DESDE EL 01 DE ENERO DE 2020**

En razón a que el demandante presenta demanda en contra de las ENTIDADES QUE REPRESENTO, y el ENTE TERRITORIAL, pretendiendo el pago de presunta moratoria en el pago tardío de cesantías, generada en vigencia del año 2020; al amparo de la Ley 1955 de 2019, al ENTE TERRITORIAL le asiste LEGITIMACION EN CAUSA POR PASIVA.

Ha de recordarse que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1955 de 2019, donde, en todos los casos, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO era el llamado a responder por el pago de la SANCION MORATORIA DE CESANTIAS PARCIALES O DEFINITIVAS DOCENTES, prevista en la Ley 1071 de 2006; y no prosperaba la excepción de FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO, cuando se solicitaba la vinculación del Ente Territorial; por cuanto, en concepto de la Judicatura, éste no actuaba independientemente en la emisión de la Resolución que concedía las cesantías; sino que, lo hacía a nombre del FOMAG, o por Delegatura del MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

En ese sentido, pese a que la moratoria la generara el ENTE TERRITORIAL, por incumplimiento en los plazos fijados para la emisión o recepción de los Actos Administrativos, símple le era achacable la moratoria en el pago de las cesantías docentes, al FOMAG.

Sin embargo, la expedición de la mentada Ley 1955 de 2019, derogó el artículo 56<sup>2</sup> de la Ley 962 de 2005; y **en su artículo 57, reguló lo relacionado con la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prohibiendo que con cargo a los recursos de dicho Fondo se paguen las sanciones derivadas de la mora en el pago de las prestaciones, e imponiendo responsabilidad directa a la Secretaría de Educación del Ente Territorial por la mora en el pago de la cesantías.**

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 56.** 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.

Ahora bien, pese a que el Parágrafo del citado canon 57<sup>3</sup> de la Ley 1955 de 2019, pareciera dar a entender que el Ente Territorial debe cancelar la sanción mora, únicamente en los eventos en que la tardanza en los plazos de radicación o entrega de solicitudes, sean generados por éste; no es menos cierto que, dicho aparte normativo, hace parte integral del mismo artículo 57, y, por ende, debe soportar una interpretación armónica, con la ya pluricitada parte final del canon 57, el cual claramente expresa que **“NO podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.**

Con razón, para reforzar dicha interpretación, el Parágrafo Transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, señaló que **“Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas”.**

Así las cosas, redundante en claridad la norma, al expresar que, el **FOMAG** asumirá el pago de sanción moratoria de cesantías, hasta el último día del último mes del año 2019; esto es, hasta el 31 de diciembre de 2019; empero, la moratoria generada a partir de dicha fecha, le será imputable exclusivamente al Ente Territorial respectivo.

Esta argumentación guarda total consonancia con lo establecido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, quien, en providencia del 26 de agosto de 2019, con Ponencia del Consejero William Hernández Gómez, determinó que la legitimación por pasiva en caso de sanción moratoria de cesantías docentes, causadas hasta el último día del año 2019, recae únicamente en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sin desconocer los casos que se generen en vigencia de la Ley 1955 de 2019.** Posición que igualmente fue adoptada por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia del 23 de agosto de 2019, proferida dentro del radicado 150013333003-2018-00047-01, con ponencia del Magistrado José Ascensión Fernández Osorio.

Por ende, solicito al fallador de instancia, declarar la prosperidad de la presente excepción, la cual redundante por obvia.

## 6.5 IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA.

En virtud a la Unificación de Jurisprudencia, los ajustes a valor presente de la sanción moratoria son improcedentes, ***“debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario por lo que no es moderado condenar al pago de ambas; por cuanto se entiende que la sanción moratoria, además de castigar a la Entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria”.***

<sup>3</sup> **ARTÍCULO 57.** 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. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

Siendo así las cosas, resulta improcedente condenar a la indexación, en los términos que lo efectuó el A -quo.

Si bien, la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento.

Así pues, la Corte Constitucional se refirió a la cesantía de la siguiente manera:

*“La cesantía constituye una forma de remuneración laboral, por lo cual los trabajadores tienen derecho a que éstas no pierdan su valor adquisitivo, debido a la ineficiencia de las entidades pagadoras y a los fenómenos inflacionarios. La sanción moratoria impuesta por la ley 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 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.”<sup>4</sup> (Subraya y negrilla propias)*

Por otro lado, en reciente Sentencia de Unificación, la Sección Segunda del Consejo de Estado, 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.”<sup>5</sup>*

En este mismo sentido, el Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, señaló la naturaleza y finalidades de la sanción moratoria, insistiendo que se trata de una “multa a cargo del empleador”. En dicha oportunidad, sostuvo:

*“A partir de lo anterior, es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria: i) La sanción moratoria se consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo, por lo cual, la*

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-448 del 19 de septiembre de 1996. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>5</sup> Consejo de Estado - Sección Segunda. Sentencia de julio 18 de 2018. Expediente Rad. N. 73001-23-33-000-2014-00580-01. C.P. William Hernández Gómez

disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador.

De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una **multa** a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:

La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, **es una multa a cargo del empleador** y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.

Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.”<sup>6</sup>

Igualmente, en dicha providencia se sentaron las siguientes reglas jurisprudenciales:

“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

**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.”** (Subraya y negrilla fuera del texto)<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Ibídem

<sup>7</sup> Ibídem

De la Jurisprudencia antes transcrita, es dable concluir que lo dispuesto por el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no es aplicable para el caso que ocupa nuestra atención, pues como ya se ha venido reiterando, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, habida consideración que la tantas veces citada indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior al valor que resulta de la sanción moratoria.

## 6.6 NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

No se abre paso la condena en costas, al ampro de la sentencia proferida por la Sección Segunda del 18 de julio de 2018<sup>8</sup>, donde expuso

*“a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-*

*b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

*c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

Es sobre los anteriores criterios que el juez de instancia debe estructurar o no la condena en costas. Por su parte, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., a su vez, señala que **“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”.** Sin embargo la aplicación de este precepto legal, debe armonizarse con el numeral 8º, el cual señala que **“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.**

Es decir, cuando no aparecen causadas las costas, como el caso de marras, no procederá la condena en este sentido. Con razón el Consejo de Estado<sup>9</sup>, ha sentenciado:

*“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias.*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, Sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

<sup>9</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez

*Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”*

En otra oportunidad, esta misma Corporación<sup>10</sup> sostuvo:

*“Debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[28] 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 Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. En el caso, no se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas”.***

Analizada la normatividad legal que rige la condena en costas, así como el desarrollo jurisprudencial que orienta y prevé las pautas a seguir por los jueces para fulminar o abstenerse de condenar; se observa dentro del presente *sub lite*, que no se hallan criterios **objetivos valorativos** que demuestren su causación.

Lo que si se evidencia es lealtad procesal, y buena fe en cabeza de esta Entidad demandada; tan al punto que, en el curso del proceso, no combate ni pretende combatir el derecho al pago de la sanción moratoria a favor del accionante, sino que se limita a verificar y solicitar que el derecho reconocido al demandante, se ajuste a la realidad y justicia material contenida en la situaciones fácticas que dieron origen a la presente Litis.

**No se evidencian maniobras fraudulentas, dilatorias o de mala fe, por parte de las Entidades que represento; razón por la cual, solicito al Honorable Despacho, absolver de la condena en costas a este extremo demandado**

## 6.7 EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Amparado en el canon 282 del C.G.P., y en el principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez, es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 26 de abril de 2018, Radicación: 19001-23-33-000-2014-00452-01(0104-17), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

#### 4. MEDIOS PROBATORIOS:

- Solicito amablemente se sirva de **OFICIAR** al Ente Territorial - **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, para que aporte con destino a la presente actuación, expediente administrativo correspondiente a la solicitud del accionante en donde conste si dio respuesta de fondo a la petición de pago de sanción moratoria referida en la demanda y en donde se encuentren los medios probatorios que den cuenta de la trazabilidad, con inclusión de los tiempos en que se evacuó cada una de las etapas del trámite administrativo previsto para el reconocimiento de las cesantías del docente, así mismo donde se indique la fecha que se remitió para a Fiduprevisora SA la resolución de reconocimiento de cesantías anteriormente mencionada.

Estos medios de prueba resultan ser **conducentes**, al poseer la idoneidad para la acreditación de los referidos hechos, en consideración a que ni la ley sustantiva o adjetiva prevé algún tipo de requisito *ab substantiam actus* para la demostración de los mismos.

Los medios probatorios son **pertinentes**, por cuanto guardan relación directa con el *thema probandum*, pues, están encaminados a demostrar supuestos fácticos que se debatirán al interior del proceso, esto es, el extremo de pago de la prestación, y consecuente fecha límite la moratoria. Además, para demostrar los términos en que fue resulta la petición elevada por el hoy accionante

Los medios probatorios son **útiles**, toda vez que se pretenden demostrar con ellos, hechos que no están acreditados aún en el proceso, no son notorios, no han sido debatidos en potro proceso, ni se presumen legalmente.

#### 5. PETICIONES

1. Declarar probadas las excepciones propuestas, con las consecuencias benéficas a las Entidades que represento.
2. Declarar terminado el proceso respecto de las entidades que represento, derivado de la falta de legitimación en la causa por pasiva.
3. Acceder a los medios probatorios solicitados.
4. Abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada.
5. Se me reconozca personería jurídica dentro de la presente actuación.

#### 6. ANEXOS

- Poder conferido a favor de la suscrita, junto con la representación Legal.
- Certificado de puesta a disposición de cesantías.

## 7. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co) y [procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co)

Atentamente;



**LISETH VIVIANA GUERRA GONZALEZ**

**C.C. 1.012.433.345**

**T.P 309.444 de C. S. J.**

**Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG- Vicepresidencia Jurídica**

"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](mailto: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.