

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

SEÑORES

JUZGADO 011 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: **DORA LUCIA CABRA SARMIENTO**
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Radicado: 11001333501120230007300

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 otorgado por la Dra. AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO apoderada general de conformidad con la escritura pública No.10184 del 09 de noviembre de 2022 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:

1. 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, el Ente Territorial sería el llamado para asumir el pago de la sanción moratoria causada desde el 01 de enero de 2020; hasta la fecha del pago de la cesantía; al amparo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019¹, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados.

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, sería el llamado asumir la condena en el pago de la sanción

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

moratoria causada desde el 01 de enero de 2020; hasta la fecha del pago de la cesantía; 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, **BOGOTÁ D.C / SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, sería el llamado asumir las **declaraciones condenas causadas desde el 01 de enero de 2020, y hasta la fecha de pago de la prestación**, 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 definitivas 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.

Por ende, le asiste plena legitimación en la causa por pasiva, y con justa razón la parte demandante dirige la presente acción, también en su contra, es decir, se halla integrado el **LITISCONSORCIO NECUNDINAMARCAIO POR PASIVO**, en debida forma; pues hemos de recordar que el incumplimiento de este presupuesto conduce a la **NULIDAD DE LA SENTENCIA**

2. A LOS HECHOS

PRIMERO: NO ES UN HECHO, es una referencia normativa a la ley 91 de 1989

SEGUNDO: NO ES UN HECHO, es una referencia normativa sobre la facultad para reconocer las cesantías de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: ES CIERTO, de conformidad con la resolución anexa a la demanda.

CUARTA: ES CIERTO, conforme con lo que se evidencia en la resolución acusada.

QUINTO: ES CIERTO, de conformidad con el certificado expedido por Fiduprevisora S.A adjunto.

SEXTO: NO ES UN HECHO, es una transcripción normativa.

SÉPTIMO: NO ME CONSTA, me atengo a lo probado en el proceso.

OCTAVO: NO ME CONSTA, me atengo a lo probado en el proceso.

NOVENO: NO ME CONSTA, ya que NO se tiene certeza sobre si existe o no acto ficto, ya que NO existe pronunciamiento del ente territorial respectivo. Por lo tanto debe probarse, así las cosas es pertinente mencionar que el trámite de conciliación prejudicial, NO constituye un hecho, sino un presupuesto del medio de control.

DÉCIMO: NO ME CONSTA, me atengo a lo probado en el proceso

3. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

Las sentencias de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, de los años 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los casos relacionados con la sanción moratoria en el pago de las cesantías que imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto, las Altas Cortes determinaron que la sanción por mora si es aplicable al pago de las cesantías del FOMAG, a pesar que no esté provisto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

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

Si bien es cierto, el Decreto 1272 de 2018, 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 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.

En 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.

Es que, en caso *sub judice*, no hallamos frente a lo que bien puede denominarse: ***una moratoria mixta*** en el pago de las cesantías definitivas o parciales del cuerpo docente. Pues, una parte del periodo de mora, se causó hasta el 31 de diciembre de 2019, cuyo responsable del pago, en el evento de declararse la Nulidad de los Actos Administrativos solicitados, sería presuntamente el FOMAG; y, otra parte del mismo, se causó desde el 01 de enero de 2020, y se prolongó hasta el día anterior al pago de la prestación (25 de febrero de 2020) cuyo responsable del pago, sería **EL ENTE TERRITORIAL, por expreso mandado del canon 57 de la Ley 1955 de 2019**

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 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” (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, facúltase 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 tratándose de moratoria en el pago de cesantía docente, generada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019, y, por ende, es el Ente Territorial el llamado a asumir el pago de la moratoria generada desde el 01 de enero de 2020, en caso de declararse la Nulidad de Actos Administrativos solicitados.

Descendiendo al caso *sub judice*, tenemos lo siguiente:

SOLICITUD	FECHA
Fecha petición cesantías	27 agosto 2019
Respuesta (15 días)	17 septiembre 2019
Ejecutoria (10 días)	01 octubre 2019
70 días hábiles	06 diciembre 2019
Mora a partir de	7 diciembre 2019
Fecha de pago	29 enero 2020

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, NO OBSTANTE se evidencia que la responsabilidad de la causación de la moratoria aducida por la parte demandante es de la ENTIDAD TERRITORIAL.

Por lo hasta aquí expuesto, me permito oponer las siguientes:

4. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS POR SANCION MORA, POSTERIORES AL 31 DE DICIEMBRE DE 2019**

Opongo la excepción de mérito denominada: **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA PARCIAL**, la cual halla sustento de la siguiente forma:

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, causadas hasta el 31 de diciembre de 2019, sería responsable del pago el FOMAG.

Sin embargo, 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.

En ese orden de ideas, en el evento en que se declare la nulidad de los Actos Administrativos solicitados, **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, soportaría el pago causado hasta el 31 de diciembre de 2019;; pero los días causados desde el 01 de enero de 2020, serían responsabilidad del ENTE TERRITORIAL. Por ende, no le asiste legitimación en la causa por pasiva parcial 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**, exclusivamente a quienes q 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.

- **LEGITIMACION 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**

Tal como se desprende de las documentales probatorias, así como del análisis de las normas sustanciales y adjetivas que subsumen el presente caso, y los esquemas plasmado líneas arriba, los presuntos días de mora que se hubieren causado en vigencia del año 2020, son achacables al **ENTE TERRITORIAL**, por mandato expreso del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019. Es decir, la legitimación en la causa por pasiva, recae sobre este sujeto procesal, que deberá ser convocado al proceso.

Por ende, los días presuntos de mora causados a partir del 01 de enero de 2020, sería responsabilidad para su pago, al **ENTE TERRITORIAL**.

Con solvencia se acreditó los extremos de la moratoria, y se expuso el análisis completo de la normatividad de resuelve el caso, lo cual, valorado, junto a las excepciones arriba expuestas, lleva a la convicción cierta que, de declararse la Nulidad de los Actos Administrativos demandados, al **ENTE TERRITORIAL** le correspondería el pago de la moratoria causada en vigencia del año 2020.

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 NECUNDINAMARCAIO**, 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, siempe 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 56² 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.**

Ahora bien, pese a que el Parágrafo del citado canon 57³ 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, redunda 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 redunda por obvia.**

² **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.

³ **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.

- **SANCION MORATORIA CAUSADA EN VIGENCIA DEL AÑO 2020 DEBE SER CANCELADA POR EL ENTE TERRITORIAL**

Tal como ha sido expuesto con amplia solvencia, en los fundamentos y excepciones formulados contra la demanda; y, en concordancia con lo dispuesto en Artículo 57 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 extremo procesal legitimado, y que debe asumir el pago de la sanción mora generada en el año 2020, es la entidad territorial.

Sean estos motivos suficientes para solicitar al fallador de instancia, hallar configurada la presente excepción, en favor de mis representadas

- **COBRO DE LO NO DEBIDO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, POR MORATORIA GENERADA EN EL AÑO 2020.**

En razón a que el demandante presenta la demanda en contra de la **NACION MINEDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y EL ENTE TERRITORIAL**, se configura la presente excepción; pues, tal como ha sido expuesto, la responsabilidad en el eventual pago de moratoria causada en el año 2020, sería responsabilidad de la entidad territorial.

Lo expuesto supone que las declaraciones y condenas que eventualmente se generen dentro de la presente Litis, no tienen como exclusivo destinatario a las Entidades que represento, sino que, también afectan las arcas del **ENTE TERRITORIAL**, al cual le asiste responsabilidad, por mandato del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Sean estos motivos suficientes para solicitar al fallador de instancia, hallar configurada la presente excepción, en favor de mi representada

- **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”*.

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.”⁴ (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.”*⁵

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 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

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

⁵ 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

dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.”⁶

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)⁷

De la Jurisprudencia antes trascrita, es dable concluir que lo dispuesto por el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no es aplicable para al 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.

- **NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

⁶ Ibídem

⁷ Ibídem

No se abre paso la condena en costas, al ampro de la sentencia proferida por la Sección Segunda del 18 de julio de 2018⁸, 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 Estado⁹, 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. 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 Corporación¹⁰ 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***

⁸ 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)

⁹ 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

¹⁰ 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

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

- **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 de 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.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

5. PETICIONES

Corolario de lo expuesto, y en concordancia con las excepciones planteadas, solicito al Despacho que, previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

1. Declarar probadas las excepciones propuestas, con las consecuencias benéficas a las Entidades que represento.
2. Abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada.
3. Se me reconozca personería jurídica dentro de la presente actuación.

6. MEDIOS PROBATORIOS

Solicito se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario,

DOCUMENTALES

1. Certificado de pago de las cesantías.
2. Certificado de salario del Aplicativo HUMANO – Secretaria de Educación del Ente Territorial.

OFICIOS

1. Solicito al Despacho, se sirva oficiar a FIDUPREVISORA S.A como administradora del FOMAG, para que certifique si a la fecha se le ha efectuado pago total o parcial al demandante, por concepto de la sanción mora aquí debatida.
2. Sírvase **OFICIAR** al Ente Territorial, para que aporte con destino a la presente actuación, 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 definitivas del docente aquí accionante.

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. De la misma forma, **se pretende demostrar que efectivamente la Entidad demandada no haya efectuado pago total o parcial de la moratoria aquí solicitada; pues a menudo, e incluso en el decurso de las actuaciones judiciales, la Entidad demandada puede efectuar pago de este tipo de sanciones.**

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.

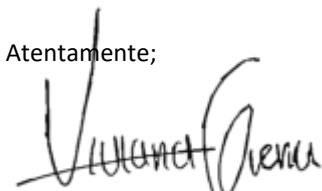
7. ANEXOS

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

8. 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, t_lguerra@fiduprevisora.com.co y 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 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 correspondencia 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.