

Señor Juez

GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO

Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

Sección Segunda

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**

Radicado No. 11001-33-35-011-**2022-00-237-00**

DEMANDANTE: NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO

DEMANDADO: NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SOACHA –
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

ASUNTO: **CONTESTACIÓN DEMANDA**

ANGÉLICA JINETH HUERTAS DUQUE, abogada en ejercicio, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderada sustituta del municipio de Soacha, conforme al poder legalmente conferido y que me permito adjuntar con el presente escrito, estando dentro del término legal, acudo a su Despacho para dar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA de la referencia y proponer excepciones en los siguientes términos:

1. FRENTE A LOS HECHOS

Hecho 1, 2, Y 3. NO SON HECHOS, en tanto se circunscriben a una transcripción normativa.

Hecho 4. NO ES UN HECHO, en tanto constituye una apreciación que sobre la norma realiza el apoderado de la parte actora.

Hecho 5. NO ES CIERTO frente a mi representada, teniendo en cuenta que para efectos de la Ley 91 de 1989, la entidad territorial Municipio de Soacha -Secretaria de Educación NO es el empleador de los docentes que prestan sus servicios en el municipio, NO administra recursos, por lo que no le corresponde la carga de consignar dineros por concepto de prestaciones sociales de los docentes. Así lo establece la Ley 91 de 1989, en su artículo 9 *"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales"*.

Ley 91 de 1989 establece que la Secretaria de Educación Municipal, NO administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio- FOMAG, NO realiza consignación de dichos recursos. Es así como no es endilgable a la Secretaria de Educación del Municipio de Soacha la omisión de no consignación oportuna de las

cesantías y sus respectivos intereses año 2020 a los docentes del régimen anualizado que prestan sus servicios en el Municipio de Soacha.

Para este efecto, su actuación se rige por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio del cual se establece el procedimiento para el reporte y liquidación de la cesantía de los docentes de régimen anualizado que prestan sus servicios en el Municipio de Soacha –para nuestro caso-, en atención al Comunicado No. 8 del 12 de diciembre de 2020 proveniente del FOMAG, y, en virtud del mismo, mi representada procedió a dar cumplimiento a las fechas allí establecidas para entrega de reportes.

En cumplimiento de los lineamientos del Acuerdo No. 39 de 1998 en punto del reconocimiento de cesantías e intereses a las cesantías de los docentes del régimen anualizado, la Secretaria de Educación del Municipio de Soacha, remitió al correo interesescesantias@fiduprevisora.com.co con oficio SEM DAF PS No. 049 del 05/02/2021 el día 05 de febrero de 2021 el reporte de liquidación de cesantías del año 2020 correspondientes a los docentes del régimen anualizado, cumpliendo así la entidad territorial, Municipio de Soacha -Secretaria de Educación la carga administrativa correspondiente.

Ahora bien, frente a la consignación o no de los recursos, es un HECHO AJENO a mi representada, el mismo hace referencia a actuaciones por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S.A.

Hecho 6. NO ES CIERTO que respecto al Municipio de Soacha – Secretaria de Educación se haya configurado un acto ficto o presunto frente a la petición elevada por la docente bajo el radicado S0AER2021007625 del 30 de julio de 2021, puesto que a través del SEM-DAF-P. S N.528 del 24 de agosto 2021 se notificó respuesta oportuna y de fondo conforme la competencia de la Secretaria de Educación en la liquidación de cesantías de los docentes del régimen anualizado que prestan sus servicios en el Municipio de Soacha y su reporte al FOMAG.

Respuesta ajustada con lo establecido en la Ley 91 de 1989 en concordancia con el Acuerdo 039 de 1998 por medio del cual se establece el procedimiento para la liquidación y reporte al FOMAG en atención al Comunicado No. 8 del 12 de diciembre de 2020 proveniente del FOMAG, con lo cual el Municipio de Soacha – Secretaria de Educación procedió a dar cumplimiento a las fechas allí establecidas para entrega de reportes; con Oficio N° SEM DAF PS No. 049 del 05 de febrero de 2021 se remitió al FOMAG el reporte de cesantías del año 2020 correspondientes a los docentes del régimen anualizado que prestan sus servicios en el Municipio de Soacha, cumpliendo así la entidad territorial, Secretaria de Educación de Soacha la carga administrativa correspondiente.

Adicionalmente, se remitió Oficio N° Oficio N° SEM-DAF-P. S N 329 del 09 de agosto de 2021, por medio del cual la Secretaria de Educación y Cultura de Soacha remitió por competencia a la Dirección de Prestaciones Económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. para que diera respuesta a la

peticionaria conforme a sus competencias; documentos aportados por la parte actora en su escrito de demanda.

Es preciso entender señor Juez, que la respuesta dada al docente peticionario por la Secretaria de Educación del Municipio de Soacha, a las peticiones radicadas el 30 de julio de 2020 referida a la consignación oportuna de sus cesantías año 2020 y el pago de intereses, se refiere a la actuación que le compete frente al tema, establecida en el Acuerdo 039 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio del cual se establece el procedimiento para la liquidación de cesantías de los docentes del régimen anualizado y el reporte al FOMAG y en atención al Comunicado No. 8 del 12 de diciembre de 2020 proveniente del mismo FOMAG, en concordancia con lo establecido en la Ley 91 de 1989. Respuesta que fue notificada al docente peticionario y por ende tiene efectos exceptivos de responsabilidad frente a lo demandado.

Por esta razón no se configura el acto ficto o presunto frente al Municipio de Soacha – Secretaria de Educación, pues hubo respuesta expresa a la petición elevada por el docente por medio de apoderado, en la actuación que es competencia de la SEM, en lo demás, lo procedente era enviarlo a la Fiduprevisora para que diera respuesta conforme a sus competencias sobre la materia, como en efecto se hizo.

Hecho 7. NO ES CIERTO frente al Municipio de Soacha – Secretaria de Educación, que a la fecha de presentación de la demanda no se hubiera dado una respuesta de fondo sobre la información solicitada con radicado N° N° SOA2021ER007617 de 30 de julio de 2021 de 2022, esto es, información sobre la consignación oportuna -15 de febrero-de cesantías anuales de la vigencia 2020 y su correspondiente interés legal, petición radicada por los apoderados de la docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO.

La Secretaria de Educación del Municipio de Soacha dio respuesta de fondo a través del Oficio SEM-DAF-P. S N° 480 de fecha 04 agosto de 2021, comunicación dirigida a la docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO estableciendo cuál es la carga administrativa que le compete a la entidad territorial en virtud de lo establecido en el Acuerdo 039 de 1998 por medio del cual se establece el procedimiento para el reporte, liquidación y pago de la cesantía en atención al Comunicado No. 8 del 12 de diciembre de 2020 proveniente del FOMAG, al cual mi representada procedió a dar cumplimiento en las fechas allí establecidas para entrega de reportes, y en concordancia con la Ley 91 de 1989; con Oficio SEM DAF PS No. 049 del 05/02/2021 se remitió al FOMAG el reporte de la liquidación de cesantías del año 2020 correspondientes a los docentes del régimen anualizado que prestan sus servicios en el municipio de Soacha, cumpliendo así la entidad territorial Municipio de Soacha -Secretaria de Educación la carga administrativa correspondiente; adicional a ello, se le adjuntó a la respuesta al peticionario, el extracto de intereses a las cesantías expedido por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; documentos que fueron aportados por la parte actora en su escrito de demanda

Hecho 8. ES CIERTO, según indica la certificación adjunta al escrito de demanda.

Hecho 9. NO ES UN HECHO, se trata de una transcripción jurisprudencial.

2. FRENTE A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Desde ahora señalo que me opongo a la prosperidad de cada una de las pretensiones indicadas en el cuerpo de la demanda, ya que las mismas giran en torno a la errónea solicitud de declaratoria de existencia y eventual nulidad de un acto ficto o presunto configurado el día 30 de octubre de 2021, frente a la petición de que se reconozca y pague la Sanción Moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Pensional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, por igual motivo, solicita la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías.

Reitero mi oposición atendiendo a que el municipio de Soacha no está legitimado en la causa por pasiva para responder sobre hechos u omisiones que son competencia exclusiva de la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la FIDUPREVISORA S.A. como se expone en el acápite de excepciones.

Igualmente me opongo frente a la petición radicada N° SOA2021ER007617 de 30 de julio de 2021 mediante la cual solicitó información sobre la cancelación de cesantías anuales de la vigencia 2021, más exactamente sobre la fecha exacta en que habían sido consignadas las cesantías por la SEM. Mi oposición radica señor Juez, en razón a que mediante Oficio SEM-DAF-P. S N° 480 de fecha 04 agosto de 2021, se dio respuesta expresa a cada una de las peticiones de la docente.

Reitero mi oposición atendiendo a que el municipio de Soacha – Secretaria de Educación dio respuesta expresa a cada una de las peticiones del docente elevadas mediante apoderada, explicando las competencias tanto de la Secretaría de Educación Municipal -SEM como de la Nación - Ministerio de Educación a través del FOMAG y de la FIDUPREVISORA, frente a la consignación oportuna de las cesantías año 2020 y el reconocimiento y pago de la Sanción Moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y los intereses, prestación establecida en la Ley 50 de 1990, todas en cuanto a sus competencias.

Por lo anterior solicito al señor Juez, se despachen de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.

2.1 Me opongo a que se declare la NULIDAD de un supuesto acto ficto configurado el 30 de octubre de 2021, por la no respuesta a la petición radicada el 30 de julio de 2021 bajo el radicado SOA2021ER007625 ante la Secretaria de Educación de Soacha, por cuanto oportunamente y en forma expresa la entidad negó el reconocimiento y pago de la Sanción Moratoria por el no pago oportuno de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990 y su indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías.

Mi oposición radica señor juez, en que el acto ficto frente a la petición de reconocimiento y pago de la Sanción Moratoria por el no pago oportuno de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990 y su indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías **NO SE CONFIGURÓ**, toda vez que, mediante radicado SEM-DAF-P.S N° 528 de 24 de agosto 2021, la Secretaria de Educación de Soacha le brindó respuesta oportuna y de fondo a la solicitud de reconocimiento y pago de la Sanción Moratoria y adicionalmente, informó del traslado a la FIDUPREVISORA S.A. en lo que es de su competencia.

- 2.2 Respecto a mi representado, me opongo a que el Despacho declare que el docente tiene derecho a que directa o solidariamente el Municipio de Soacha - Secretaría de Educación, le reconozca y pague una Sanción Moratoria por el no pago oportuno de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990 y/o indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, toda vez que, el Municipio de Soacha -Secretaria de Educación no solo dio respuesta de forma expresa y oportuna o lo solicitado por la docente, sino que adicional a ello, indicó cuál es la carga administrativa que le compete como entidad territorial en virtud a lo establecido en el Acuerdo 039 de 1998 *"por medio del cual se establecen el procedimiento para el reporte, liquidación y pago de la cesantía"* expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en atención al Comunicado No. 8 del 12 de diciembre de 2020 proveniente del FOMAG, con lo cual mi representada procedió a dar cumplimiento a las fechas allí establecidas para entrega de reportes, en concordancia con la Ley 91 de 1989. Con oficio SEM DAF PS No. 049 del 05/02/2021 la SEM remitió el reporte de cesantías del año 2020 correspondientes a los docentes del régimen anualizado, cumpliendo así la entidad territorial -Secretaria de Educación de Soacha con el proceso de reconocimiento de prestaciones económicas, dispuesto en la Ley 91 de 1989, ya que quien aprueba el reconocimiento y efectúa los pagos es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la FIDUPREVISORA S.A.
- 2.3 A las pretensiones de condena me opongo con idénticos fundamentos. Sumado a ello, debido a que como quiera que las pretensiones de naturaleza declarativa se encuentran destinadas a fracasar en el presente asunto, las derivadas condenatorias surtirán la misma suerte.

Encuentra además esta defensa que no es viable una condena o reconocimiento y pago de sanciones, indemnizaciones o intereses moratorios como consecuencia de un eventual restablecimiento del derecho sin que medie *i)* existencia de un acto administrativo presunto o ficto del cual estudiar su validez y *ii)* el decreto de nulidad de tal acto administrativo. Situaciones que no se pueden materializar en el asunto que hoy no convoca.

- 2.4 A la condena en costas me opongo, por cuanto no está probado que el Municipio de Soacha -Secretaría de Educación haya actuado de manera temeraria o de mala fe, ni tampoco se encuentran acreditadas.

3. REFERENCIA DEL APLICATIVO SAC.

Carrera 6 No. 10 – 42 Of: 310 Tel: (601) 2434118 Cel.: 310 2243669
e-mail: sarabogadosconsultores@gmail.com Bogotá. D.C. Colombia

Es pertinente poner de presente a su señoría, que el SAC -Sistema de Atención al Ciudadano cuya función es canalizar toda la atención de los usuarios de manera oportuna y veraz, sirve para administrar los trámites, quejas, reclamos y solicitudes de manera automatizada, permitiendo dar seguimiento a las solicitudes con el objeto de cumplir con los tiempos de respuesta; no obstante, el uso de este sistema en las Secretarías de Educación incrementa el flujo de requerimientos y su pronta respuesta en las Unidades de Atención al Ciudadano de todo el país.

Esta precisión se realiza, atendiendo a que los trámites relacionados y objeto de litigio en la presente demanda, fueron radicados por el apoderado de la docente a través de este aplicativo, el cual les permitió realizar el seguimiento a las peticiones y evidenciar las respuestas emitidas a las mismas por parte de la Secretaría de Educación del Municipio de Soacha, prueba de ello es la relación de los mismos en el acápite de pruebas de la demanda, documentos que reposan en el expediente.

4. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

4.1. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

Atendiendo lo preceptuado en el Artículo 100¹ del Código General del Proceso, por medio del cual se enumeran de manera taxativa las excepciones previas, encontrando en su numeral 5. La denominada "*5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*". Así las cosas, estudiando a detalle el escrito de demanda, se observa que la parte demandante omitió la exigencia procesal prevista en el Artículo 162 de la ley 1437 de 2011, el cual señala:

"Artículo 162. Contenido de la demanda: Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.

2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones. (...)"

Así mismo, el Artículo 163 ibidem, indica de manera taxativa sobre la individualización de las pretensiones lo siguiente:

"Artículo 163. Individualización de las pretensiones: Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo éste se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de

¹ **Artículo 100. Excepciones previas:** Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: (...) 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.”

Atendiendo lo anterior, se vislumbra que este requisito no se cumple en el presente medio de control, en razón a que se pretende la nulidad de un acto ficto, el cual nunca se configuró frente a mi representada, esto es Municipio de Soacha –Secretaria de Educación, puesto que el ente territorial sí emitió respuesta de forma oportuna a todas y cada una de las peticiones realizadas por la parte actora, tal y como se manifestó en la contestación de los hechos que antecede, como consta en los documentos que reposan en el expediente y los cuales fueron aportados por la apoderada de la docente.

Para encontrar el soporte legal de la configuración de un acto ficto, es menester remitirse al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que en su artículo 83 señala:

"Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa”.

Para que se predique la existencia de un acto presunto, necesariamente deberá existir frente a una petición o un recurso presentado por el ciudadano, un silencio por parte de la autoridad administrativa durante el término fijado por la ley para responder o resolver, toda vez que, la finalidad del silencio es evitar que el no pronunciamiento de la administración impida al interesado el eventual cuestionamiento judicial del acto que se hubiese producido de haberse decidido oportunamente.

Ello, por cuanto no tendría certeza de su situación jurídica. También busca que no se cauce un perjuicio a la administración porque los recursos en vía administrativa se tramitan, por regla general, en efecto suspensivo, lo cual obstaculiza el desarrollo de la actividad administrativa.

Sin embargo, como ya se mencionó en acápites anteriores, para el caso de la docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO, se advierte que el acto ficto demandado es inexistente, toda vez que dicho fenómeno procedimental no se ha configurado al tenor de lo dispuesto en el artículo 83 del CPACA, esto es, cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la administración no ha notificado decisión alguna al respecto. En el caso objeto de análisis, la Entidad demandada mediante Oficios de 04, 09 y 24 de agosto de 2021 dio respuesta de fondo a lo solicitado el día 01 de marzo del mismo año, aunque la decisión fue negativa por no resultar procedente, si configuró un acto administrativo el cual a la fecha se encuentra en firme, tales hechos, a todas luces demuestran que no se configuró tal ficción jurídica que permita predicar la existencia de un acto ficto o presunto por no haber sido objeto de recursos, razón suficiente para demostrar que no se configuró tal ficción jurídica que permita predicar la existencia de un acto ficto o presunto y por ende no le permite al demandante acudir a la jurisdicción por no haber agotado el procedimiento en sede de administración.

No obstante, atendiendo lo anteriormente expuesto, es preciso reiterar y ponerle de presente a su señoría, que frente al Municipio de Soacha no se puede configurar un

ACTO FICTO, pues a través de los Oficios SEM-DAF-P.S N° 528 de 24 de agosto de 2021 y SEM-DAF-P.S N° 480 de fecha de 04 de agosto de 2021, la Secretaria de Educación dio respuesta oportuna, de forma clara y precisa al peticionario, siendo la intención de tal declaratoria contradictoria desde el mismo momento de cotejar los Oficios aportados como pruebas en los documentos que acompañan el escrito de la demanda, creando así confusión.

Ahora bien, situación distinta señora Juez, es que se pretenda la nulidad del acto ficto que se haya podido configurar por la no respuesta oportuna por parte de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión al traslado por competencia que se le realizó, situación que resulta ajena al conocimiento y competencia del Municipio de Soacha o su Secretaría de Educación.

Sumado a lo ya expuesto, se evidencia que no fue individualizo por parte del accionante, con toda precisión, el acto administrativo del que se pretende su nulidad. pues a través de los Oficios SEM-DAF-P.S N° 528 de 24 de agosto de 2021 y SEM-DAF-P.S N° 480 de fecha de 04 de agosto de 2021 actos administrativos a través de los cuales la Secretaria de Educación del Municipio de Soacha dio respuesta expresa a las peticiones del docente mediante apoderado, pues los desconoció a pesar de haberlos aportado como anexos de la demanda.

4.2. DEBIDA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

El Municipio de Soacha – Secretaria de Educación, cumplió con el deber de dar respuesta oportuna a todas y cada una de las peticiones realizadas por el docente y por su apoderada a través del aplicativo SAC, tal y como se puede evidenciar en los documentos allegados por la parte actora con el escrito de demanda, los que sirvieron de soporte para realizar el siguiente cuadro explicativo:

FECHA DE SOLICITUD	RADICADO SOLICITUD APLICATIVO SAC	PETICIÓN	FECHA CONTESTACIÓN	RADICADO CONTESTACIÓN APLICATIVO SAC
30/jul/2021	SOA2021ER007625	Pago Sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y pago tardío de intereses del año 2020.	24/ago/2021	SEM-DAF-P.S N° 528
30/jul/2021	SOA2021ER007617	Solicitud de información cancelación cesantías anuales vigencia 2020	04/ago/2022	SEM-DAF-P.S N° 480

Como se puede observar en el cuadro señor juez, mi representada actuó con diligencia aplicando los principios de celeridad, eficacia y economía procesal en cada una de sus

actuaciones; además, se encuentra probado que ofreció respuesta de fondo y oportuna a las solicitudes de la hoy demandante.

4.3. FALTA DE AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En resumen respetado señor Juez, con base en los elementos y hechos narrados con anterioridad, procedo respetuosamente a mencionar cómo opera esta excepción para el caso concreto de la docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO, en aras de atender el principio de economía procesal y evitando que, de estudiar esta demanda, pueda culminar en un fallo inhibitorio.

A las autoridades les es permitida la revisión de sus actuaciones cuando se trata de actos administrativos, a solicitud del particular que considera lesionados sus derechos, quien ejercerá los recursos pertinentes en sede administrativa, con el fin de que la eventual controversia sea resuelta por quien produjo el acto administrativo.

Agotada la actuación administrativa o, en su defecto, configurado el silencio administrativo negativo, una persona se encontrará en estado actual de necesidad de tutela jurisdiccional de sus derechos y podrá entonces, interponer la demanda correspondiente demandando el acto o resolución administrativa.

En el presente asunto que hoy nos convoca, la docente demandante no agotó el procedimiento en sede administrativa, no operó el silencio administrativo negativo, no puede interponerse la demanda correspondiente, y en caso de hacerlo como aquí ocurre, el Municipio de Soacha – Secretaría de Educación propone la excepción de falta de agotamiento del procedimiento en sede de administración, en razón a que el demandante no se encuentra en un estado de necesidad de tutela jurisdiccional de sus derechos, su demanda ha sido interpuesta en forma prematura. Solamente, cuando agote la vía administrativa o haga uso del silencio administrativo negativo, entonces podrá afirmarse que tiene interés actual para obrar o interés procesal.

Esta excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa es procedente, en consecuencia, porque la docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO ha acudido a la jurisdicción, iniciando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que previamente haya agotado la vía administrativa como le obliga el ordenamiento jurídico vigente, para su caso, contra los Oficios que de manera expresa decidieron negativamente sus solicitudes, expedidos por la Secretaría de Educación de Soacha.

La falta de agotamiento del procedimiento administrativo, configura un caso de falta evidente de interés para obrar del demandante y, por consiguiente, es una causal genérica de improcedencia de la demanda.

El agotamiento del procedimiento administrativo constituye dentro de nuestro ordenamiento jurídico, requisito indispensable para poder demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto y el respectivo restablecimiento del derecho en sus diversas modalidades, bajo el medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; lo anterior por cuanto por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares,

Carrera 6 No. 10 – 42 Of: 310 Tel: (601) 2434118 Cel.: 310 2243669

e-mail: sarabogadosconsultores@gmail.com Bogotá. D.C. Colombia

no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por parte del interesado una decisión en firme sobre la pretensión que se desean ventilar ante el Juez.

Cuando se trata de pretensiones de nulidad con restablecimiento del derecho contra actos administrativos de carácter particular, existe la obligación de agotar la actuación administrativa, entendida como hacer uso de los recursos ordinarios de reposición y de apelación, siendo obligatorio el de apelación, hasta quedar el acto administrativo en firme para poder acudir a la jurisdicción.

En este punto es pertinente señalar el numeral 2 del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

"...Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

... 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios."

Señora Juez, como puede observarse de los documentos aportados por el demandante, como de los documentos que esta defensa a través de esta contestación incorpora al estudio del asunto, la parte activa ha incumplido este requisito de procedibilidad por no haber hecho uso de los recursos obligatorios contra los actos administrativos que definieron su situación jurídica.

Se pretende que se declare nulo un acto presunto configurado según la demandante el 30 de octubre 2021, sin embargo, el origen del supuesto acto ficto fue la petición atendida y notificada el día 04 de agosto de 2021. Así pues, el acto administrativo que dio respuesta a la petición quedó debidamente ejecutoriado el 19 de agosto de 2021.

Su ejecutoria obedeció al vencimiento del término para interposición de recursos de reposición y/o apelación, sin que se haya acudido a ellos y conforme lo señala el numeral 3 del artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

"...Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos..."

En conclusión, honorable señora juez, nos encontramos ante un evidente defecto procesal que inexorablemente configura el no agotamiento de la vía administrativa, en garantía del principio de tutela judicial efectiva y para lograr una decisión de mérito.

Conforme lo señala el Honorable Consejo de Estado, entre otras, en Sentencia Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, 22 de noviembre de 2018, Radicación: 080012333000201500845 01, Número interno: 3906-2017 Actor: Juan Carlos Muñoz Olmos, Demandado: Municipio de Puerto Colombia, Atlántico:

"...el agotamiento de la actuación administrativa constituye: i) una garantía de los derechos al debido proceso y defensa de los ciudadanos frente al actuar de la administración, porque permite debatir sus decisiones, ii) una oportunidad para que la administración reevalúe sus actos administrativos y corrija las equivocaciones contenidas en estos y, iii) un presupuesto procesal para presentar la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

... Así las cosas, únicamente el recurso de apelación se torna en ineludible, luego cuando la administración otorgue la oportunidad para presentarlo, su interposición es forzosa antes de radicar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que esta no sea estudiada."

Por consiguiente honorable señora Juez, solicito respetuosamente declarar probada la excepción de INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES – NO AGOTAMIENTO DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA, antes de acudir al presente medio de control, basado en la argumentación precedente y conforme a lo previsto en las normas y criterios jurisprudenciales enunciados, en armonía con lo contemplado en los artículos 12 y 13 del Decreto 806 de 2020 y, en consecuencia, dar por terminado el presente proceso

4.4. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL MUNICIPIO DE SOACHA

Con el fin de atender las obligaciones prestacionales del Estado frente al personal docente, a través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como *"una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del Capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente ley fijara la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá Cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determine con base en los costos administrativos que se generen."* Es entonces esta **entidad fiduciaria la que administra los recursos y paga las prestaciones, a las que hace referencia el demandante que le fueron consignadas de manera tardía.**

De acuerdo al contenido de dicha ley, la representación legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la tiene el Ministerio de Educación por ser la entidad responsable del pago de las prestaciones sociales de los docentes. Fue por ello que en el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 establece *"Las prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán **reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales**"* (Subrayado y negrita ajenos al texto original), de suerte que todas las solicitudes que tengan relación con ese específico aspecto, como es el caso de solicitud de la Sanción Mora que es el tema objeto de este proceso, están a cargo de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Igualmente, frente al caso que nos ocupa, tenemos que, de acuerdo a lo contenido en el Acuerdo 039 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, emitido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sus artículos segundo y tercero se establece que:

"ARTÍCULO SEGUNDO: *La entidad territorial o el establecimiento público educativo oficial, debe remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la Secretaría de Educación del Departamento o del Distrito Capital, las liquidaciones anuales de cesantías en firme del grupo de docentes a que hace alusión el artículo anterior, discriminando los docentes de acuerdo al tipo de vinculación que tenían antes de la certificación de la entidad territorial, es decir, financiando, cofinanciando, nacional, recursos propios, establecimiento público.*

ARTÍCULO TERCERO: *Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año."*

Así las cosas, y de acuerdo a la normatividad antes transcrita, se puede evidenciar que la responsabilidad del Ente Territorial, corresponde ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE a realizar el reporte de cesantías de los docentes ACTIVOS y RETIRADOS, esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que expide la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia, puntualmente para el año 2021 se emitió el Comunicado 008 de fecha 11 de diciembre de 2020 radicado 20200170161153 en el que se fijó:

"Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes

*IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez. (...)*Subrayado y negrilla fuera de texto original.

Por lo anterior solicito al señor Juez, se despachen de manera desfavorable las pretensiones de la demanda en lo que respecta al Municipio de Soacha – Secretaría de Educación.

4.5 INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO

Como bien lo vienen planteando Juzgados de lo Contencioso Administrativo, las prestaciones sociales de los educadores oficiales, como lo son las cesantías, son de cargo de la Nación y son pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, cuyos recursos se rigen por el principio de unidad de caja, lo que significa que no existe un conjunto de cuentas individualizadas de cada docente, sin que por tal hecho se encuentre probado la vulneración del derecho al pago de las cesantías de la demandante, ya que no se demuestra la indisponibilidad de los recursos.

Adicionalmente, en virtud de lo establecido en la Ley 1955 de 2019 y lo previsto en el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998, sobre la entidad territorial recae la obligación de efectuar el reporte de las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes a su cargo, lo cual en efecto fue cumplido en el presente caso, tal como se evidencia a partir del material probatorio relacionado en precedencia.

Así las cosas, en el régimen especial docente de la Ley 91 de 1989, las Secretarías de Educación de los entes territoriales no tienen la obligación jurídica de efectuar la consignación de las cesantías de los docentes debidamente afiliados al FOMAG y corresponde a dicho fondo a través de Fiduprevisora S.A., el pago de las cesantías parciales o definitivas que solicite la parte interesada cuando sean exigibles, bien sea por motivos de educación y vivienda o por retiro del servicio.

En tal sentido, se advierte que existen amplias diferencias respecto de la liquidación y manejo de las cesantías entre dicho sistema y el previsto en la Ley 50 de 1990, ya que en esta última regulación el legislador consagró en el artículo 99 la liquidación definitiva de cesantías a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

Finalmente, en el presente asunto no hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción por mora prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que no existe una cuenta individualizada a nombre de la docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o en otro Fondo de Cesantías, a la cual se debían trasladar los recursos de la cesantía anualizada del

periodo 2020 antes del 15 de febrero de 2021, por lo tanto, no se configura el presupuesto esencial previsto en la norma que fundamenta esta pretensión.

4.6 INAPLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SU-098 DE 2018

Las sentencias mencionadas por la parte actora no son aplicables al caso en específico, toda vez que no guardan relación con los hechos enunciados en el presente trámite, pues en el origen de la sanción moratoria en las mismas devienen de la falta de afiliación al FOMAG, lo cual no ocurre en el caso de la parte actora, ya que no se cuestiona su afiliación a dicho fondo y el consecuente retardo en la consignación de las cesantías, así mismo, la jurisprudencia aludida resuelve expresamente lo relativo al concepto de cesantías, no aborda el tema de intereses a las mismas, ventilado también en el asunto que hoy nos convoca para el docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional sostuvo que el “hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política”.

De igual manera, en la referida sentencia, el Alto Tribunal señaló que, aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es “más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales”, máxime cuando “el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000”.

Al respecto cabe resaltar que el caso debatido por la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación giró en torno a un docente que solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías ni los respectivos rendimientos; el cual nunca fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ni a otro fondo, por error interno.

Los casos analizados en la citada sentencia guardan relación con docentes no afiliados oportunamente al FOMAG, y al abordar el análisis de procedencia, la Corte Constitucional determinó que los casos carecían de relevancia constitucional y declaró improcedentes las tutelas impetradas al considerar que “las supuestas irregularidades advertidas por los actores no cumplen con esta exigencia jurisprudencial, debido a que la controversia planteada: (i) versa sobre un asunto meramente legal, con una connotación patrimonial privada, (ii) que no tiene relación directa con la presunta afectación de un derecho fundamental, y (iii) busca reabrir el debate concluido por el juez ordinario, por cuanto no se advierte prima facie una actuación arbitraria o ilegítima de la autoridad judicial”.

Conforme a lo anterior, se concluye que si bien la Corte Constitucional en la sentencia SU 098 de 2018 consideró viable acoger el principio de favorabilidad, para resolver un

asunto relacionado con el reconocimiento de sanción moratoria regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de un docente público, lo cierto es que dicha posición no hace parte de una línea reiterada del Alto Tribunal, y adicionalmente dicho pronunciamiento se refirió a una situación fáctica particular en la que se había configurado una omisión de afiliación del docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con lo cual la entidad territorial había incumplido sus obligaciones.

En cuanto a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se resalta que aunque ambos Órganos han proferido pronunciamientos en lo que se señala que a los docentes oficiales no se les puede excluir de la aplicación de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo cierto es que dicha interpretación se ha hecho bajo un marco fáctico distinto al analizado en este caso, pues, se reitera, en dichas ocasiones se estudiaron casos en los cuales los docentes no habían sido afiliados al FOMAG, con lo cual en efecto se demostró el incumplimiento de la obligación del ente territorial y el consecuente pago de la sanción, caso totalmente diferente al debatido en la presente oportunidad.

Así las cosas, la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, dentro de las que se encuentra la sentencia la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, cuya aplicación fue solicitada en la demanda, no será aplicada en el presente caso. En tal sentido, no existe un precedente vinculante que determine la aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 al caso de los docentes oficiales debidamente afiliados al FOMAG, como es el caso de la demandante NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO.

4.6 EXCEPCIÓN INNOMINADA O GENÉRICA

De conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito que se reconozcan todos aquellos hechos que configuren excepciones y que resulten probados dentro del proceso.

1. PRUEBAS Y EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Solicito al señor Juez se tengan como pruebas, los documentos que se aportan así:

- 1)** Expediente Administrativo de la Docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO.
- 2)** Copia del comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, radicado 20200170161153 firmado por Ángela Tobar González – Directora de Prestaciones Económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- 3)** Copia del soporte del correo enviado a la Fiduprevisora que en el asunto describe: **“REPORTE CESANTIAS PARA PAGO DE INTERESES PRIMERA NOMINA 2020 – SOACHA”**.
- 4)** Copia del Oficio SEM DAF PS No. 049 del 05 de febrero de 2021, mediante el cual la SEM remitió el reporte de cesantías del año 2020.

2. ANEXOS

- El poder y sustitución para actuar, legalmente otorgado con sus respectivos anexos.
- Los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

3. NOTIFICACIONES

- ✓ A La docente NANCY ZORAIDA HERRERA PARDO, en el correo electrónico **nancycrquetame@gmail.com**
- ✓ A La apoderada de la docente, en el correo electrónico **notificacionescundinamarcalqab@gmail.com**
- ✓ A la suscrita apoderada en la Carrera 6 No. 10-42 Oficina 310 en la ciudad de Bogotá, correo electrónico **sarabogadosconsultores@gmail.com y angelicahsarabogados@gmail.com.**
- ✓ A La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al correo **notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co**
- ✓ A mi mandante en el Palacio de Gobierno, calle 13 No. 7-30 parque principal de Soacha Cundinamarca, correo electrónico **notificaciones_juridica@alcaldiasoacha.gov.co**

Del señor juez atentamente,



ANGÉLICA JINETH HUERTAS DUQUE

C.C. No. 1.033.704.104 de Bogotá D.C.
T.P. No. 390.562 del C.S. de la Judicatura