

Señores:

JUZGADO 011 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E.S.D

Radicado: 11001333501120220011800

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Demandante: JANETH DAIZMIR COLLANTE DOMINGUEZ

Demandados: NACIÓN/ MINISTERIO DE EDUCACIÓN/ FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO/ FOMAG Y OTRO

Asunto: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

JHON FREDY OCAMPO VILLA, identificado con la **cédula de ciudadanía número 1.010.206.329** de Bogotá D.C. y **T.P. 322.164** del C.S.J., en mi condición de apoderado sustituto de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme poder de sustitución otorgado, por el Doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado con **cedula de ciudadanía No. 80.211.391** de Bogotá D.C., en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de acuerdo con la certificación suscrita por la Representante Legal de FIDUPREVISORA S.A, de fecha 21 de febrero de 2019, y según el Poder General que le fue otorgado mediante Escritura Pública N° 522 del 28 de marzo de 2019, adicionada, que lo faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial, de manera respetuosa, me permito brindar respuesta a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

I. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual reza textualmente:

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

Es importante, precisar que el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES.

Una vez estudiadas cada una de las pretensiones de la demanda me sirvo manifestar que, me OPONGO a todas y cada una de ellas toda vez que, carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen; por lo que solicito muy respetuosamente se sirva denegar en su totalidad las condenas en contra de la **NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS.

PRIMERO AL TERCERO: ES CIERTO.

CUARTO: NO ES CIERTO, la Resolución que ordena el pago de las cesantías es la 2186 del 19 de marzo de 2020.

QUINTO: NO ES CIERTO, el pago de las cesantías se efectuó el día 17 de junio de 2020, tal como se evidencia en el certificado expedido por Fiduprevisora S.A.

SEXTO Y SÉPTIMO: ES CIERTO.

OCTAVO Y NOVENO: NO ME CONSTA, me atengo a lo que se pruebe.

IV. FUNDAMENTO DE DEFENSA.

- **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

La Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual reza textualmente:

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

Es importante precisar que, el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

- **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE CESANTÍAS AL PERSONAL DOCENTE AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

En lo que concierne al reconocimiento y pago de las cesantías, es la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, a través de la cual se establecen los términos para el pago oportuno de cesantías de los servidores públicos, se establecen sanciones y se determinan otras disposiciones, veamos :

"Artículo 1º.- 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.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

• DE LA SANCIÓN MORATORIA 2020 EN LA LEY 1955 DE 2019

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.

Situación diferente acontece en tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas desde el 01 de enero de 2020 (La sanción moratoria se causa a partir del día 70 teniendo en cuenta el término de la ley 1071 de 2006, se hace esta aclaración ya que puede haberse solicitado la prestación en el año 2019 y haberse causado la sanción en el año 2020) **pues, en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria corre a cargo del ENTE TERRITORIAL, por expresa disposición legal.**

En caso *sub judice*, nos hallamos frente a lo que bien puede denominarse: **una moratoria 2020** en el pago de las cesantías definitivas o parciales del cuerpo docente. Pues, se causó con posterioridad al 01 de enero de 2020, y se prolongó hasta el día anterior al pago de la prestación, cuyo responsable del pago, sería **EL ENTE TERRITORIAL, por expreso mandado del canon 57 de la Ley 1955 de 2019**.

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 **SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍAS 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, simpe 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 56¹ 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 57² 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,

¹ **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.

² **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.

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, redundando 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.

DECRETO 942 DEL 01 DE JUNIO DE 2022

Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, “*Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 - Único Reglamentario del Sector Educación sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*”; aclaró la responsabilidad de quien debe asumir la sanción moratoria a la luz de la ley 1955 de 2019, trasladando su responsabilidad al ente territorial y a la Fiduprevisora S.A, en posición propia; existiendo así una falta de legitimidad en la causa por pasiva del FOMAG puesto que el pago lo harán las entidades antes anotadas con sus propios recursos y no con recursos del FOMAG, por expresa prohibición legal, veamos:

Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene por objeto la modificación de los artículos 2.4.4.2.3.2.1, 2.4.4.2.3.2.2, 2.4.4.2.3.2.3, 2.4.4.2.3.2.22, 2.4.4.2.3.2.24, 2.4.4.2.3.2.25, 2.4.4.2.3.2.27, 2.4.4.2.3.2.28, 2.4.4.2.3.2.2, la subrogación de los artículos 2.4.4.2.3.2.29, 2.4.4.2.3.2.30 Y la adición de los artículos 2.4.4.2.3.2.31, 2.4.4.2.3.2.32 del Decreto 1075 de 2015, con el propósito de reglamentar el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.(...)

Artículo 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

Parágrafo. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad."

Así pues, la sanción mora sobre la cual se busca su pago y reconocimiento corresponde a la vigencia 2020, pues la Ley 1955 de 2019, establece en su parágrafo transitorio que el FOMAG pagará la sanción moratoria causada hasta el 31 de diciembre de 2019 y en el presente caso, se tiene que la solicitud de las cesantías se realizó el día 11 de marzo de 2020, por lo que conforme a la ley 1071 de 2006, la causación de la mora se da a partir del día 70, por lo que en el caso concreto inició el 02 de abril del año 2020, escapando su posibilidad de reconocimiento a través de los títulos de tesorería administrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la luz de la precitada norma y conforme al Decreto 942 del 01 de junio de 2022, la indemnización debe ser pagada por la Entidad Territorial y por la Fiduprevisora SA., en posición propia, acreditándose dicho sea de paso una falta de legitimidad en la causa por pasiva del MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, pues éste no causó la mora ni tampoco puede condenarse con cargo a los recursos del FONDO.

V. EXCEPCIONES

Me permito proponer las siguientes:

- **INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA 2020**

En razón de la modificación introducida por el artículo 57 ya mencionado a lo largo del presente escrito, me permito proponer la presente excepción con base en que la norma evidencia la clarísima intención del legislador, de evitar que el patrimonio autónomo **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** continúe pagando de sus recursos, indemnizaciones de carácter económico por vía judicial o administrativa, lo cual ~~sin lugar a dudas, comprende también la sanción~~

moratoria derivada del pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los docentes afiliados a este.

En virtud de lo anterior, se entiende entonces que no existe legitimación en la causa por pasiva del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, dado que la modificación normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y la Fiduciaria la Previsora S.A., en posición propia.

En el caso concreto, se tiene que la sanción mora sobre la cual se busca su pago y reconocimiento corresponde a la vigencia 2020, pues la Ley 1955 de 2019, establece en su parágrafo transitorio que el FOMAG pagará la sanción moratoria causada hasta el 31 de octubre del 2019 y en el presente caso, se tiene que la solicitud de las cesantías se realizó el día 11 de marzo de 2020, por lo que conforme a la ley 1071 de 2006, la causación de la mora se da a partir del día 70, por lo que en el caso concreto inició el 02 de abril del año 2020, escapando su posibilidad de reconocimiento a través de los títulos de tesorería administrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la luz de la precitada norma y conforme al Decreto 942 del 01 de junio de 2022, la indemnización debe ser pagada por la Entidad Territorial y por la Fiduprevisora SA., en posición propia, acreditándose dicho sea de paso una falta de legitimidad en la causa por pasiva del MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, pues éste no causó la mora ni tampoco puede condenarse con cargo a los recursos del FONDO.

En este sentido su señoría, solicito la **DESVINCULACIÓN** de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

- **RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA**

Solicito a su Señoría que, si en el transcurso del trámite procesal resultan probados hechos que configuren una excepción previa, sea declarada de oficio al momento de proferir fallo, tal y como lo prevé el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

PETICIONES

1. Solicito respetuosamente, sírvase **DESVINCULAR O EXONERAR DEL PRESENTE PROCESO** a las Entidades que ahora represento, puesto que al amparo del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 y el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, no existe legitimación en la causa por pasiva del MINISTERIO DE EDUCACIÓN FOMAG.
2. Sírvase **DECLARAR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** de las Entidades que represento, para asumir declaraciones y condenas por concepto de sanción moratoria causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

• **DOCUMENTALES**

- Muy respetuosamente solicito se oficie a la Entidad Territorial empleadora **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** para que, allegue respecto de la demandante, copia autentica,

integral y legible de su expediente administrativo, siempre y cuando el mismo no sea acercado oportunamente.

VII. ANEXOS.

1. Sustitución del referido poder y anexos.

VIII. NOTIFICACIONES

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

Del señor(a) Juez,

Cordialmente,



JHON FREDY OCAMPO VILLA

C.C. No. 1.010.206.329 de Bogotá D.C.

T.P. No. 322.164 del C. S. de la J