



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: *RAD_S*
Fecha: *26/01/2021*

Bogotá 13 de enero de 2021

Señora Juez

BIBIANA MARIA LONDOÑO VALENCIA

Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Manizales

MANIZALES-CALDAS

E.

S.

D.

Proceso:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante:

LEONARDO ANDRES DUQUE ZABALA

Demandado:

NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO-

Radicado:

17001333900620190057000

ASUNTO: Contestación de demanda.

VERA CABRALES SOTO, identificada con cédula de ciudadanía número 1.047.377.064 de Cartagena, y portadora de la Tarjeta Profesional N° 228214 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada sustituta de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN, - FIDUPREVISORA S.A.**, vocera y administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según poder de sustitución otorgado por el **DR. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS** identificado con cédula de ciudadanía No 80.211.391, abogado asignado por la Fiduprevisora S.A, para ejercer representación judicial de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** según consta en escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, emitida por la **NOTARIA TREINTA Y CUATRO DEL CIRCULO NOTARIAL DE BOGOTÁ**, PODER GENERAL aclarado a través de la Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, también protocolizada en la Notaría Veintiocho (28) del Circulo Notarial de Bogotá D.C., procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** en los siguientes términos:

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL:

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de dichas prestaciones, que

correspondan al personal afiliado y garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

Los recursos de esta cuenta especial por mandato legal son administrados en fiducia, entre otras por Sociedades Fiduciarias de naturaleza pública, en los siguientes términos:

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

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

*Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa.***¹

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, cabe reiterar que la Corte Constitucional ha considerado que, (i) se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional, (Fiduciaria La Previsora S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa.

Por lo anterior, la misma normativa que crea el fondo, establece el mecanismo por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello que la norma preestablece

¹ Ley 91 de diciembre 29 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **(negritas fuera de texto).**

que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la misma, el Ministerio de Educación Nacional y la Compañía Fiduprevisora S.A., suscribieron: “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL”, el cual fue protocolizado mediante escritura pública N° 83 del veintiuno (21) de junio de 1990, en la notaría Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial de Bogotá D.C., en el cual La Nación, Ministerio de Educación, fungen como Fideicomitente y la compañía Fiduprevisora como la Fiduciaria; contrato cuyo objeto es: “Constituir una fiducia mercantil sobre los Recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante –EL FONDO-, con el fin de que LA FIDUPREVISORA S.A., los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para EL FONDO, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

El fundamento de la intervención procesal por parte de la FIDUCIARIA, se encuentra en el cumplimiento de sus obligaciones de carácter legal dado los elementos “naturales” del contrato, es así como el código de comercio en su artículo 1234 Numeral cuarto reza:

“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separado de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;

4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;

5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;

6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;

7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y

8) *Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.*²

Ahora bien, una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es preciso referirnos a la demanda de la referencia para dar contestación bajo los siguientes parámetros:

I. FRENTE A LOS HECHOS

PRIMERO: No es un hecho objeto de debate procesal, no obstante, es cierto lo mencionado respecto del artículo 3º de la Ley 91 de 1989.

SEGUNDO: No es un hecho objeto de debate procesal, no obstante, el párrafo 2º del artículo 15º de la Ley 91 de 1989, expresa:

...Parágrafo 2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989: Primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones”.

TERCERO: ES CIERTO, de conformidad con las pruebas aportadas

CUARTO: ES CIERTO, de conformidad con las pruebas aportadas.

QUINTO: NO ES CIERTO, las cesantías fueron puestas a disposición el 19 de febrero de 2019 y no el 27 de febrero de 2019 como lo indica el apoderado en el escrito de demanda. A propósito se presenta la imagen del certificado proferido por el sistema de consulta del FOMAG de la fecha de puesta de disposición de los recursos.

Fecha Nacimiento	1978-11-26	Fallecimiento		Identificador	1731355
PAGE_2					
Fecha Sistema	2019-02-15	Nro Resolución	774	Fecha Orden	2018-12-18
Enlace Negada		Fec Resolución	2018-10-23	Oficio Orden	858212
En. Principal		Fecha de Pago	2019-02-18	Fec. Devoluc.	
En. Recu/Revo		Clase Nómina	NORMAL	Nro. Devoluc.	
Formulario		Fecha Corte		Pago Neto	8,180,604
Observaciones	SE INFORMA A LA S.E. QUE EL DOCENTE PRESENTA C.D. PAGADA POR EL PERIODO DE				
				Fecha Pago desligado	
Estado Prestación	PAGA	PAGADA		Fecha	2019-02-15

SEXTO: No es un hecho objeto de debate procesal.

² Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234. Negrillas fuera de texto

SEPTIMO: NO ES CIERTO, las cesantías fueron puestas a disposición el 19 de febrero de 2019 y no el 27 de febrero de 2019 como lo indica el apoderado en el escrito de demanda. A propósito se presenta la imagen del certificado proferido por el sistema de consulta del FOMAG de la fecha de puesta de disposición de los recursos

OCTAVO: No es un hecho objeto de debate procesal.

II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a las pretensiones de la demanda en razón a que no han sido vinculados todos en su integridad la Litis, en el presente proceso.

III. FUNDAMENTO DE DEFENSA

La Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», diferenció las categorías en que se agruparían los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha de vinculación. Al efecto, consagró que los docentes oficiales se agruparían así:

(i) en el **personal nacional**, el cual reúne a los docentes nombrados por el Gobierno Nacional;

(ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975³; y

(iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con la autorización del Ministerio de Educación Nacional⁴.

Así mismo, en el parágrafo del artículo 2.º *ibidem* previó cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la citada ley, así:

«[...] Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975 [...]» (Se destaca)

³ «Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.»

⁴ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3 del artículo señalado, prevé la siguiente disposición:

«3.- Cesantías:

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

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional»⁵.*

De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁶, 1848 de 1969⁷ y 1045 de 1978⁸, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁹, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la citada Ley 91 de 1989, dispuso que aquellos docentes vinculados con anterioridad a 31 de diciembre de 1989, conservarían el régimen prestacional que gozaban en la entidad territorial a la cual se encontraban adscritos, esto es, la Ley 6 de 1945 y demás normas concordantes y quienes se incorporaron a partir del 1 de enero de 1990, sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados, quienes estarían regulados por las

⁵ Destacado por la Sala.

⁶ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

⁷ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁸ «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

⁹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:

i) **Liquidación:** El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año;

ii) **Intereses:** Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Ahora bien, en la sentencia C-928 de 2006, la Corte recordó que en materia prestacional los docentes tienen un régimen propio y dentro del mismo, existe uno de carácter especial el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la ley 812 de 2003. Según la corporación, en esta normatividad se contempla las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías; lo anterior con el objeto de dar la protección y el favorecimiento a los mismos teniendo en cuenta la ardua y trascendental labor que desempeñan en la sociedad.

Ante la falta de reconocimiento de una indemnización producto de la sanción por el no pago oportuno del auxilio de cesantías a favor de los docentes estatales, la *Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-336 del 18 mayo de 2017*, manifestó que aunque los docentes no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, *les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989*; lo anterior, teniendo en cuenta el espíritu de la norma, pues *la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucrando a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial*.

En este orden de ideas, independientemente del tipo de docente -nacional o nacionalizado- o de que si tienen o no régimen especial, en aras de materializar el derecho a la igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales, la Corte Constitucional concluye que, a los docentes oficiales se les debe reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías una vez el juzgador verifique los presupuestos para acceder a ella.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en reciente providencias zanjó la discusión en sentencia de unificación y para el efecto fijó 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; h) 10 días de ejecutoria del acto; y 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 8 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018. Radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01. 9 Artículos 68 y 69 CPACA. 11 %t Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: HÉCTOR LUIS MONROY Demandados: MEN — FNPSM Radicación: 150013333015-2017-00121-00 es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

1.5.3 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."

Sobre el particular el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia del 25 de abril del 2019¹⁰, sostuvo: "No obstante lo anterior, es pertinente advertir que al realizar el análisis del tema en particular que ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado tuvieron en cuenta la existencia de los dos regímenes de cesantías vigentes en los docentes: el de retroactividad y el anualizado y que mantuvo la ley 91 de 1989, por lo que de acuerdo al cual pertenezca el docente le es mayor o en menor caso beneficioso el pago de su prestación al momento de hacer el cálculo aritmético."

¹⁰ Tribunal Administrativo del Tolima, M.P José Andres Rojas en sentencia del 25 de abril del 2019. Rad. 73001-33-33-003-2017-00133-01 (01066-2018). DEMANDANTE: Alcira Linor Murillo de Susunga. DEMANDADO: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

De lo anterior, se puede concluir que las normas referenciadas no contemplaron la sanción moratoria a favor de los docentes nacionalizados antes del 31 de diciembre de 1989, y no obstante, si bien es cierto que la sentencia de unificación del Consejo de Estado el 18 de julio del 2018 no diferenció el régimen de cesantías aplicables a los docentes para el reconocimiento de esta indemnización, es transparente que el fin del reconocimiento de esta sanción por el no pago oportuno de las cesantías, es impedir la depreciación monetaria del valor reconocido al docente, lo cual no sucede en el caso de reconocimiento del auxilio de la cesantía a favor de los docentes nacionalizados, toda vez que en el régimen retroactivo las cesantías se cancelan con el último salario devengado y por todo el tiempo de servicio. En caso de reconocer sanción moratoria para los docentes con régimen retroactivo se está creando un beneficio a su favor frente al régimen de cesantías anualizadas y un desproporcionado quebranto al presupuesto de la Nación al reconocer un emolumento de carácter sancionatorio, cuando no se ha acreditado el detrimento en el patrimonio del docente.

Con relación a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en reciente sentencia, el Tribunal Administrativo de Boyacá,¹¹ se ha pronunciado en el mismo sentido, considerando que a efectos de determinar la procedencia del reconocimiento y pago de la mencionada sanción, es del caso tener en cuenta si el docente pertenece al régimen retroactivo o anualizado, para concluir que en el caso del retroactivo, el pago de la sanción es improcedente. Fundamenta su tesis en que de conformidad con lo establecido en el artículo 123 superior, los docentes son considerados como servidores públicos, por lo tanto le es debida aplicar no solo lo relativo a la sanción moratoria, sino además, las talanqueras a la mencionada sanción que dependen del régimen de cesantías al cual se encuentre inscrito el educador; lo anterior se debe a que solo a partir de la Ley 50 de 1990 fue estatuida la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Esta posición ha sido reiterada por el Consejo de Estado a lo largo de su jurisprudencia, así en reciente sentencia del 6 de diciembre del 2018¹² sostuvo:

“Esta Sala Subsección ha señalado que los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso del demandante, que no se hayan acogido expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago de una día de salario por cada día de retardo toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual”

Así las cosas, si bien el Consejo de Estado ha determinado que el personal docente tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cierto es que la misma Corporación ha señalado en pronunciamientos anteriores y posteriores a la sentencia de unificación del 18 de julio del 2018, que dicha sanción fue consagrada únicamente para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, de conformidad con la misma Ley 244 de 1995.

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 29 de abril del 2019. MP Oscar Alfonso Granados Naranjo

¹² Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, CP Gabriel Valbuena Hernández, 6 de diciembre del 2018. Rad. 08001233300020130078601 (0328-16).

En este sentido, es necesario considerar lo establecido en la Ley 1955 del 25 de mayo del 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, establece en el parágrafo del artículo 57: “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.

De igual forma estableció: “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. 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.”

Por consiguiente, se solicita se nieguen las pretensiones de la parte demandante con cargo a la Nación- Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determine la responsabilidad de la entidad territorial en la causación de la mora, por el incumplimiento en los términos legales para remitir la orden de pago al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en atención a lo dispuesto en la Ley 1955 del 25 de mayo del 2019, toda vez que no se pueden ordenar pagos judiciales con cargo a los recursos del FOMAG.

IV. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito declarar probada la siguiente excepción:

- **Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria**

Traigo a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 73001233300020140058001 (496115), Jul. 18/18 mediante la cual dispuso señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

De acuerdo a lo anterior, indica que por no tratarse la sanción moratoria de un derecho laboral si no de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste al valor presente, pues se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo y menos remunerado.

Igualmente esto encuentra argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria en el régimen anualizado previsto en la ley 50 de 1990.

Finalmente, solicito de manera respetuosa que de existir una condena contra la Nación, el Ministerio de Educación, al Fomag y a Fiduprevisora S.A. al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos aquí señalados para exonerar de costas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso.

- **Improcedencia de la condena en costas**

Señor Juez, en el presente caso no procede la condena en costas teniendo en cuenta que El artículo 365 del Código General del Proceso establece que las costas deben ser debidamente demostradas

Art. 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

Es así, como el artículo citado previamente remite de manera expresa al Estatuto Procesal que será aplicable, el cual corresponde a la Ley 1564 de 2012.

Código General del Proceso.

Artículo 365. Condena en costas. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

[...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...] *(Negrita y subrayado fuera de texto)*

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva

La condena en costas no es objetiva, se desvirtuar la buena fe de la entidad

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

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

En cuanto a las costas¹¹, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido

del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la **condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad** respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, que desvirtúa la presunción de buena fe.

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

- **Buena fe en la expedición de la Resolución No. 774 de fecha 23 de Octubre de 2018**

Debe observar el despacho que la **Resolución No. 774 de fecha 23 de Octubre de 2018**, reconoció la cesantías parciales a la accionante y se emitió en tiempo y atendiendo de manera diligente la solicitud instaurada por este.

Así las cosas, se presume la buena fe del acto administrativo aquí señalado, teniendo en cuenta que el mismo no fue controvertidos mediante los recursos a que hubiera lugar por la parte demandante.

Es así como la Corte Constitucional ha reiterado la importancia de la buena en los actos administrativos. Veamos:

*Esta Corporación ha señalado que la buena fe “incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, **la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico**”. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el principio de buena fe no sólo tiene lugar al momento del nacimiento de la relación jurídica, sino que sus efectos se extienden en el tiempo hasta que ésta se extingue. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, si el principio de confianza legítima es inobservado por parte de las autoridades, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso, “como quiera que éste comprende la garantía de que las decisiones que se profieran en su curso observarán las reglas de juego establecidas previamente así como las expectativas que la administración, en virtud de sus actos, generó en un particular” (Negrilla y subrayado, fuera de texto).*

- **El pago de las respectivas cesantías está a cargo de la disponibilidad presupuestal que tenga el estado.**

Sumado a las anteriores dificultades, en el último evento generado por la demora por falta de disponibilidad presupuestal, la normatividad aplicable al pago de prestaciones sociales del magisterio deja muy poco tiempo para realizar el pago, pues los 45 días de plazo para el pago comienza a correr desde que el acto administrativo debió cobrar ejecutoria, de otro lado, aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas sean expedidos en tiempo por las Secretarías de Educación certificadas, ello no implica que el pago sea inmediato pues se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual *“no se puede hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos”*, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

En este orden de ideas, surgen problemas tanto jurídicos como operativos que generan la sanción por mora en el pago de las prestaciones sociales de los educadores nacionales, razón por la cual, debe analizarse el motivo que generó la mora en el caso que nos ocupa para determinar si corresponde a la Nación Ministerio de Educación Nacional, el pago de la misma.

- **Excepción Genérica.**

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

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.

V. PETICIONES

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, comedidamente solicito a Ud., que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

PRIMERO.- Declarar probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO.- En consecuencia dar por terminado el proceso.

TERCERO.- Abstenerse de condenar en costas a mi representada.

CUARTO.- Se me reconozca personería adjetiva para actuar.

VI. PRUEBAS

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

VII. ANEXOS



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

VIII. NOTIFICACIONES

EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL las recibirá por intermedio de la Señora Ministra de Educación, en la Calle 43 # 57-14, Centro Administrativo Nacional (CAN), Bogotá D.C., y/o en el correo o dirección electrónica, exclusivamente para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co.

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVISORA en la secretaria de su despacho o en Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico y/o procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co y/o en el correo electrónico t_vcabrales@fiduprevisora.com.co.

Atentamente,

VERA CABRALES SOTO
C.C 1.047.377.064 de Cartagena
T.P 228214 del C.S.J.
Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua". Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.



VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

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

