

Señores

JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO ORAL DE MANIZALES

[admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co); [laura@lopezquinteroabogados.com](mailto:laura@lopezquinteroabogados.com)

E. S. D.

RADICADO No.	17001333900620210017800
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	LUZ MERY LONDOÑO ZAMORA C.C. 30413787
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

**ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA**, mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma en calidad de apoderada sustituta del doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 y tarjeta profesional No. 250.292 del C.S.J. actuando como apoderado general de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG**, tal y como consta en la escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 por el Doctor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**, en su calidad de delegado de la Ministra de Educación Nacional conforme a la Resolución No. 002029 del 4 de marzo de 2019, para la defensa judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes, encontrándome dentro del término legal, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA**, en el mismo orden metodológico planteado por la parte actora:

#### I. A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Actuando en nombre y representación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, me opongo a **TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES SOLICITADAS EN LA DEMANDA, SUS DECLARACIONES Y CONDENAS**, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a mi representada de lo pretendido en esta instancia, y en su lugar imponer condena en costas a la actora.

#### DECLARACIONES

**PRIMERA:** Me opongo a que se declare la existencia del acto ficto que siquiera ha nacido a la vida jurídica tal y como se pretende, aunado a que no es procedente que la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** sea condenada, toda vez que no existen supuestos fácticos y jurídicos que logren sustentar la presente acción.

**SEGUNDA:** Me opongo a que se declare la existencia del acto ficto que siquiera ha nacido a la vida jurídica tal y como se pretende, aunado a que no es procedente que la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO sea condenada, toda vez que no existen supuestos fácticos y jurídicos que logren sustentar la presente acción.

## CONDENATORIAS

**PRIMERA:** Me opongo, en vista de que la suerte de lo accesorio, sigue la suerte de lo principal y ante la improcedente declaratoria de nulidad, no es dable acceder al reconocimiento y pago de la mentada sanción por mora, aunado al hecho de que no existe acto administrativo o sentencia judicial que ordene el pago por dicho concepto. No obstante lo anterior, se evidencia que la pretensión de fórmula de forma indeterminada.

**SEGUNDA:** Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al ajuste de valor, indexación y/o actualización de la condena, pues al no ser procedente el reconocimiento de suma alguna, la misma suerte corre la pretensión de este numeral. No obstante, sin que implique allanamiento a las pretensiones de la demanda el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 en lo relativo a la indexación de la sanción por mora, señalo expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora, pues no se puede pasar por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior a dicho valor.

**TERCERA:** Me opongo al reconocimiento de intereses moratorios en la medida en que estos, involucran un componente «inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero », de manera que al igual que la indexación, podrían ser una doble carga que afectaría seriamente los recursos públicos si se imponen de forma simultánea con la sanción moratoria. Los intereses moratorios constituyen *“el mecanismo para dar respuesta al retardo al pago de prestaciones sociales, la cual incluye la orientación a impedir que estas devengan irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios”*. En ese sentido no es aceptable que se imponga a la Administración el deber de responder por el retardo, mediante la aplicación de la sanción moratoria como con los intereses moratorios, ya que ello supondría una violación al *non bis in ídem*.

**CUARTA:** Me opongo, pues ante la inexistencia de orden en sede judicial que implique el pago de la sanción moratoria, deviene en improcedente lo solicitado en este numeral, aunado a que la sentencia en sí ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma.

**QUINTA:** Me opongo, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legítima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 Código General del Proceso.

## II. A LOS HECHOS

**PRIMERO:** Se admite como cierto que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se creó conforme con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989. Norma en la cual, se estableció que no tendría personería jurídica.

**SEGUNDO:** Se admite como cierto que, conforme con la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a su cargo el pago de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentre vinculados al fondo, siempre y cuando estos hayan sido reconocidos por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

**TERCERO:** Se admite como cierto, ya que una vez verificada la resolución No. 2918-6 de 29 de septiembre de 2020 emitida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, se vislumbra que la solicitud fue elevada el 22 de septiembre de 2020.

**CUARTO:** Se admite como cierto, ya que una vez verificada la resolución No. 2918-6 de 29 de septiembre de 2020 emitida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, se vislumbra que la solicitud fue elevada el 22 de septiembre de 2020.

**QUINTO:** No se admite como se plantea, ya que el hecho fue planteado de forma genérica. No obstante, el dinero por concepto de cesantías fue puesto a disposición el 9 de enero de 2021 y no el 12 de enero de 2021 como se vislumbra en la liquidación de la cuantía. Aunado a lo anterior, verificado el acto administrativo No. 2918-6 de 29 de septiembre de 2020 no se evidencia constancia de notificación, razón por la que la premisa aplicable para el cálculo de la sanción por mora conforme a la Sentencia de Unificación del 21 de julio de 2018 es la siguiente:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>1</sup>	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

**SEXTO:** No es cierto, en vista de que no es un supuesto factico, sino un fundamento jurídico de la acción que no encuadra dentro del presente acápite.

**SÉPTIMO:** No se admite como cierto, en vista que con ocasión a lo dispuesto en el párrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo Pacto por Colombia Pacto por la Equidad”, la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio carece de legitimación en la causa por pasiva, y en este orden de cosas no es la llamada a responder por lo pretendido.

**OCTAVO:** No se admite como cierto, en vista que con ocasión a lo dispuesto en el párrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo Pacto por Colombia Pacto por la Equidad”, la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio carece de legitimación en la causa por pasiva, y en este orden de cosas no es la llamada a responder por lo pretendido.

### III. ARGUMENTOS DE DEFENSA

Como fundamento de esta defensa se tiene el siguiente recuento normativo y jurisprudencial que se pasa a exponer:

La unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018<sup>1</sup>, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar de que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

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

La Sentencia de unificación SUJ 012/2018 establece que 2“para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley”.

<sup>1</sup> Sentencia SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional

<sup>2</sup> Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del Consejo de Estado.

Y que con la expedición de la Ley 1071 de 2006, que consagró las circunstancias en que los empleados se encontraban facultados para solicitar el retiro parcial de sus cesantías<sup>4</sup>, al respecto la exposición de motivos de la ley estableció:

«[...] Esta diferencia hace necesario que se unifique el régimen prestacional especialmente en lo que tiene que ver con el **retiro de las cesantías parciales, el cual cubriría y beneficiaría a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres Ramas del Poder Público, incluida la Fiscalía General, los Órganos de Control, las Entidades que prestan servicios públicos y de educación. Se busca involucrar a todo el aparato del Estado tanto al nivel nacional como territorial.**» (Se destaca).

Por tanto, frente al reconocimiento de la cesantía el consejo de estado establece que “el establecimiento de un término para el reconocimiento de la cesantía y de otro para que se efectúe su pago efectivo, busca proteger al trabajador garantizando el cometido de tal prestación, y que justamente con ella, se pueda solventar la eventualidad para la cual la solicitó -parciales- o por la que se causó –definitivas”

Ahora bien, frente al reconocimiento de la sanción por mora el consejo de estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018, establece que en el caso en que en la administración resuelva la solicitud de cesantías parciales o definitivas de manera tardía o no lo haga, el término para la sanción moratoria empezará a contarse a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo del reconocimiento, esto según el artículo 4 de la Ley 1071/2006, 10 días del término de ejecutoria de la decisión según lo establecido en los artículos 76 y 87 de la ley 1437 de 2011 y 45 días hábiles a partir del día en que quedo en firme la resolución, por lo que al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causara la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Como fundamento de esta defensa se tiene el siguiente recuento normativo y jurisprudencial que se pasa a exponer:

La ley 91 de 1989, Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el régimen especial que regula lo concerniente a las cesantías del personal docente oficial, ello es así toda vez que la ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 **regulan el pago de las cesantías y la sanción moratoria por el pago tardío a los servidores públicos a nivel general**. Pues se observa, que de la lectura de la norma (ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006) no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG. Las

<sup>3</sup> «(por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

<sup>4</sup> «Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

disposiciones citadas desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento oportuno de las cesantías de los servidores públicos, sin especificar en su articulado si dentro de estos últimos se entienden comprendidos los docentes del sector oficial.

Por otro lado, la Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Ivan Humberto Escrucera Mayolo, sentencia que sostuvo:

Por ser un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, la Sala concluye que en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza de las cesantías y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas.

Al respecto, debemos precisar que el Decreto 2831 de 2005, consagró el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin realizar discriminación alguna respecto del tipo de prestación que se tramite por dicho procedimiento, quedando entonces las cesantías sujetas a aquel y excluidas por disposición expresa las primas contenidas en el parágrafo 2 de numeral 4 del artículo 15 de la misma ley.

En tal sentido, se encuentra que existe una diferencia entre los trámites contenidos en el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, sin embargo, en este tipo de asuntos se debe dar aplicación prevalente y preferencial al Decreto 2831 de 2005 por tratarse de una norma de carácter especial y de un procedimiento exclusivo.

De otro modo, las raditaciones de solicitudes de reconocimiento de prestaciones deben ser radicadas en la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial, de conformidad con la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este caso, es el fondo quien tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo, la expedición del acto corresponde a las Secretarías de Educación y es en virtud de ello, que no solo debe analizarse la conducta del ente pagador o del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino del ente territorial quien es el encargado de expedir el acto de reconocimiento de la prestación a que haya lugar. No obstante, valga la pena aclarar que ante la discrepancia existente entre la fecha de solicitud de la prestación que informa la parte demandante y la fecha que reposa en la resolución expedida por el ente territorial, es de vital importancia determinar la fecha real, en vista de que no puede perderse de vista que la precitada solicitud tiene requisitos sine qua nom para ser resuelta y no puede tomarse la primera fecha en la que se radica, ya sea porque está incompleta o porque no se radican los soportes requeridos.

Sobre este contexto, será la entidad Fiduciaria quien deberá proceder con los pagos de las prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva secretaria, previo el trámite legal para su concesión que compromete el reporte de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente conforme a derecho y a la mayor brevedad posible, razón por la que se hace indispensable determinar la fecha en la cual fue remitido el mentado acto administrativo a la Fiduprevisora S.A. para el pago de dicho emolumento, con el fin de determinar a partir de la cual se generó para éste último, la obligación de pagar las cesantías solicitadas por el demandante, razón por la que deberá oficiarse a la Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se certifique en qué fecha fue puesta en conocimiento la resolución por medio de la que se reconoció la prestación, a fin de que se tenga en cuenta que solo a partir de la mencionada fecha es posible efectuar el respectivo pago por parte de la Fiduprevisora S.A.

De otro lado, si en gracia de discusión se fulminará condena por la pretendida sanción, es menester memorar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuyo vocero y administrador es la Fiduprevisora S.A. no cuenta con partida presupuestal o con dinero que sea destinado a este tipo de pretensiones, a contrario sensu, solo es responsable del pago de las prestaciones económicas de los docentes, razón por la que no es dable fulminar condena en contra de mi representada.

El parágrafo primero del **artículo 57 de la ley 1755 de 2019** se refirió a la mora del ente territorial respecto de la expedición del acto administrativo por medio del que se reconoce la prestación social deprecada por el docente, en el siguiente sentido:

“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.**”(Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por sí lo anterior fuera poco, el inciso cuarto de la norma en cita, indica:

“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.**” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto, es claro que si en gracia de discusión existiere mora en el pago de las cesantías, lo cierto es que la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, en este caso, el **Departamento de Caldas**, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

#### DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso en concreto tenemos que la demandante solicitó las cesantías parciales el 22 de septiembre de 2020, razón por la que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas contaba con 15 días para la elaboración y remisión del acto administrativo, precepto que fue cumplido en principio por expedirse la resolución el 14 de octubre de 2020.

No obstante, como se indicó en el acápite de hechos dicha resolución expedida el 29 de septiembre de 2020, la sanción por mora inicia su conteo 67 días posteriores a la expedición del acto, esto es, hasta el 8 de enero de 2021, causándose la mora a partir del 9 de enero de 2021. No obstante, las cesantías fueron puestas a disposición el 9 de enero de 2021, razón por la que en el caso de marras no se causó la mentada mora.

En este orden de cosas, y en aplicación del precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia de unificación Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, estableció como reglas aplicables para el conteo de la sanción por mora para el caso en concreto, la siguiente:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>1</sup>	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

Por otra parte, la Ley 1071 de 2006, artículo 5 establece:

“Artículo 5°. Mora en el pago. 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.”

En este orden de cosas, se tiene que la Resolución No. 181 de 24 de abril de 2020 fue notificada a la docente el 4 de mayo de 2020 y la Secretaria de Educación de Manizales remitió para inclusión en nómina a la Fiduprevisora S.A. hasta el 29 de mayo de 2020, razón por la que si en gracia de discusión se encontrará probada mora, la misma deberá ser imputable al ente territorial.

## INDEXACIÓN

Respecto de la **indexación** de la condena es menester memorar que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 en lo relativo a la indexación de la sanción por mora, señaló expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora y para el efecto es preciso traer a colación lo que el máximo órgano de cierre en lo contencioso administrativo ha dado al fenómeno de indexación:

*“Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos.”*

En lo atinente a la compatibilidad de la sanción por mora con la indexación, el Consejo de Estado nos dejó las siguientes enseñanzas:

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

181. De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una multa a favor del

trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:

«La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, es una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.172»

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

Más adelante concluye:

En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino 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 a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.”  
(Subrayas fuera de texto).

De lo expuesto es dable colegir sin mayor lucubración que lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no es aplicable al caso en concreto en vista de que en ultimas implica la indexación de la sanción por mora que valga reiterar, son incompatibles entre sí, aunado a que la mentada indexación se encuentra proscrita por vía jurisprudencial y hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues pasa por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior a dicho valor.

#### IV. EXCEPCIONES MIXTAS

##### I. NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS.

Se propone como medio exceptivo, teniendo en cuenta que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios -FOMAG, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afilados al mismo. Éste régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y

pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas- al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

En vista de que el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, esto es, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

De lo expuesto se determina que: 1) El reconocimiento de las cesantías, parcial o definitivo, se encuentra a cargo de la Secretaria de Educación del Ente Territorial. 2) el estudio y pago de las cesantías está a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y 3) sí alguna de las dos entidades no cumple con los términos establecidos se genera la sanción mora, razón por la cual son responsables del pago.

Por otra parte, De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo Pacto por Colombia Pacto por la Equidad”, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción 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 este orden de ideas, es preciso indicar que mediante acto administrativo de reconocimiento y pago No. 2918-6 de 29 de septiembre de 2020 emitida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, frente a la solicitud de las cesantías realizada el **22 de septiembre de 2020**, no obstante, que el ente Territorial profirió la resolución de reconocimiento de la cesantía en término, es claro que se tardó en radicar la documentación ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la fecha en que radico a la fue el **23 de octubre de 2020** lo cual implica una transgresión a los términos establecidos por el legislador, en cuanto el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales, y de ahí la necesidad de que esta entidad sea llamada a responder dentro del presente litigio:

PAGE_1		FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.		Forma:	CONSULTA_F
SISTEMA DE PRESTACIONES SOCIALES		FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO		Usuario:	T_EORDUZ
				Fecha:	2021-09-23
					V1.9.1
PAGE_42		Radicación			
Tipo Documento	1				30,413,787
Nombre Docente	LUZ				A
Fecha Nacimiento	198	Fecha Recibo Fiduciaria	2020-10-23		1964481
Generico	CES	Nro.Radicacion Fiduciaria	111272		PARCIAL
Tipo Prestación	CPI	Fecha Radicación FER	2020-10-23		DINARIO
Subtipo	CPI	Número Radicación FER	2020-CES-045029		DINARIO
Ente Territorial	170	Fecha Oficio FER	2020-10-23		
Departamento	17	Número Oficio FER	111272		ENTO
Establecimiento	999				
Tipo Vinculación	3				SCAL/PRESUPUE
Indicador Tutela	N	Fallo Autoriza Pago S/N		Corregido/Ratificado	
Estado Tramite	PAGA	PAGADA		Fecha	2021-01-09
Estado Prestación	PAGA	PAGADA		Fecha	2021-01-09
Fec_Cruce_Reg		Num Arch. Reg		Num. Token Reg	

En virtud de lo anterior, y bajo la teoría de la descentralización de los entes territoriales, deberán ser llamados a responder por el interregno que incurrió en mora en el caso en concreto.

Al respecto el Consejo de Estado, ha expresado:

*“El litisconsorcio se presenta cuando uno o los dos extremos de la relación jurídico procesal está integrado por varios sujetos de derecho y puede ser facultativo, cuasinecesario o necesario...”*

*El litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente. El elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial material del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. El litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, defina expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el*

*primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un numero plural de sujetos”<sup>5</sup>.*

## **II. 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.**

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 este orden de ideas, el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se encuentra autorizado para pagar de sus propios recursos, únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las CESANTÍAS. En el presente asunto la reclamación judicial del docente busca el pago de la sanción moratoria, no obstante, las cesantías fueron pagadas efectivamente por el FOMAG, momento hasta el cual llega su responsabilidad.

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 a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.

## **V. EXCEPCIONES DE MÉRITO**

### **I. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**

Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

### **II. IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS**

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, exp. 15321. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

La NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagó la obligación en tiempo oportuno, y ajustada a los preceptos legales vigentes al momento del reconocimiento de la prestación principal, el pago efectivo extingue cualquier obligación accesoria.

Es necesario, precisar que para el caso en concreto no existen valores que fueren adeudados por la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, sobre los cuales se debe aplicar corrección o valorización monetaria alguna.

Así mismo, cabe mencionar que de encontrar su señoría que le asistiera el derecho del reconocimiento de la sanción mora, esta pretensión no es subsidiaria de la indexación de las condenas, lo anterior, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado en los numerales anteriores, el cual, ha regulado que lo expresado en el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no le es aplicable en el caso en concreto, toda vez, que la indexación de la sanción mora, son inaplicables entre sí, dado que la misma pretensión principal es una sanción que se le causa al ente público, y no debe causarse una doble sanción sobre un mismo derecho.

Además, debemos precisar, que la indexación se encuentra proscrita por vía jurisprudencial y en tal sentido hace mucho más gravosa la situación económica de la administración, pues pasa por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetaria al momento del pago, sino que también supera el valor que se debiera cancelar, carga que le será excesiva para la administración.

### III. COMPENSACIÓN

De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

### IV. CONDENA EN COSTAS

En consideración a que hasta la fecha no existe criterio unificado respecto de la condena en costas por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia como tampoco por parte del Consejo de Estado, deberá acogerse el pronunciamiento de la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado, en el sentido que el fallador debe valorar la conducta de las partes:

*“(…) supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas de procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de*

*pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (...)"*

Bajo este contexto, si en gracia de discusión hubiese lugar a una sentencia condenatoria, solicito respetuosamente al Despacho que no se condene en costas a mi representada.

## VI. PRUEBAS

### I. DE OFICIO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del C.G. del P., solicito respetuosamente al Despacho requerir a la FIDUPREVISORA S.A, con el fin de que:

1. La FIDUPREVISORA S.A certifique en qué fecha fue puesto en conocimiento el acto administrativo por medio de la que se reconoció la prestación, a fin de que se tenga en cuenta que solo a partir de la mencionada fecha fue posible efectuar el respectivo pago por parte de la Fiduprevisora S.A.

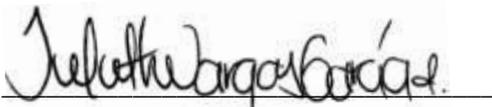
## VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como normas aplicables a la presente contestación, la Ley 91 de 1989, Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; la Ley 244 de 1995; La Ley 1071 de 2006; artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 de 1948.

## VIII. NOTIFICACIONES

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

Del señor(a) Juez,



**ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA**

CC. No. 1.022.376.765 de Bogotá

T.P. No. 267.625 del C.S.J.

Elaboro: t\_juargas

Reviso: Héctor Ramirez



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.