



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIONES
(Artículos 175 y 201A CPACA – Art. 51 LEY 2080 DE 2021)

Cartagena de Indias D. T. y C., 1° DE FEBRERO DE 2022

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2021-00284-00
Demandante	LINEY DIAZ OTERO
Demandado	NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FOMAG Y OTROS
Magistrado Ponente	JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS A LAS PARTES, DE LAS EXCEPCIONES FORMULADA EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA FORMULADA POR LA APODERADA DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, MEDIANTE MEMORIAL DE FECHA 4 DE OCTUBRE DE 2021. (Exp. Digital - 09ContestacionDemandaDpto)

(VER ANEXOS)

EMPIEZA EL TRASLADO: 2 DE FEBRERO DE 2022, A LAS 8:00 A.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA GENERAL

VENCE EL TRASLADO: 4 DE FEBRERO DE 2022, A LAS 5:00 P.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA GENERAL

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional - Primer Piso

E-Mail: desta07bol@notificacionesrj.gov.co.

Teléfono: 6642718

Despacho 07 Tribunal Administrativo - Bolivar- Cartagena

De: Betty Alejandra De la Espriella Saldarriaga <bettydelae@hotmail.com>
Enviado el: lunes, 04 de octubre de 2021 9:28 p.m.
Para: Despacho 07 Tribunal Administrativo - Bolivar- Cartagena
Asunto: CONTESTACION 13001-23-33-015-2021-0284 -00
Datos adjuntos: CONTESTACION LINEY DIAZ OTERO.pdf

Honorable Magistrado
JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 13001-23-33-015-2021-0284 -00
DEMANDANTE: LINEY DIAZ OTERO
DEMANDADOS: NACION MINISTERIOS DE EDUCACION-FOMAG Y OTROS
ASUNTO: CONTESTACION DEMANDA

BETTY ALEJANDRA DE LA ESPRIELLA, mayor de edad, vecina de esta ciudad abogada inscrita y en ejercicio identificada con cédula de ciudadanía No. 45.539.644. de Cartagena y portadora de la tarjeta profesional No. 180.141 del C.S. de la J e inscrita en SIRNA con la dirección de correo electrónico bettydelae@hotmail.com, en mi calidad de apoderada especial del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR según poder que se me confirió y que fue enviado a ese despacho judicial, dentro del término Legal correspondiente, CONTESTO MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de la referencia, la cual adjunto.

Honorable Magistrado
JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 13001-23-33-015-2021-0284 -00
DEMANDANTE: LINEY DIAZ OTERO
DEMANDADOS: NACION MINISTERIOS DE EDUCACION-FOMAG Y OTROS
ASUNTO: CONTESTACION DEMANDA

BETTY ALEJANDRA DE LA ESPRIELLA, mayor de edad, vecina de esta ciudad abogada inscrita y en ejercicio identificada con cédula de ciudadanía No. 45.539.644. de Cartagena y portadora de la tarjeta profesional No. 180.141 del C.S. de la J e inscrita en SIRNA con la dirección de correo electrónico bettydelae@hotmail.com, en mi calidad de apoderada especial del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR** según poder que se me confirió y que fue enviado a ese despacho judicial, dentro del término Legal correspondiente, **CONTESTO MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de la referencia:

TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

La notificación del auto admisorio se realizó el 23 de agosto de 2021, de conformidad con el artículo 199 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021 y a su vez por el decreto 806 de 2021, mediante envío al buzón electrónico de la parte demandada, la Procuraduría y la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, de copia del auto admisorio de la demanda, la demanda y sus anexos.

En consecuencia, el término para contestar la demanda se extiende hasta el día cinco (8) de octubre de 2021, siendo inhábiles todos los sábados y domingos comprendidos en ese lapso por ser vacancia judicial y festivos. Por lo anterior, me encuentro en la oportunidad procesal para contestar la demanda y excepcionar.

II. ANTECEDENTES

Que la señora **LINEY DIAZ OTERO**, a través de apoderada judicial presentó demanda a través del medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, contra la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, a fin que se declare la existencia de un acto ficto configurado el día 14 de enero de 2018, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 24 de octubre de de 2017, que se declare la nulidad de dicho acto, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 y a título de restablecimiento se condene a las demandadas al pago de la sanción moratoria y reconocimiento de intereses a partir del 65 día hábil después de haber radicado la solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo el pago.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS U OMISIONES QUE CONFORMAN LA DEMANDA

Seguidamente responderemos los hechos y omisiones contenidos en el libelo de la demanda, en el mismo orden que han sido expuestos por la parte actora:

1. No es un hecho, es la referencia a una disposición legal.
2. No es un hecho, es un fundamento de derecho.
3. No me constan las motivaciones o consideraciones del actor para presentar su reclamación. Aclaro, el actor solicitó el reconocimiento y pago de cesantía parcial, con destino a compra de vivienda.
4. Es cierto, mediante la citada resolución, la Secretaria de Educación Departamental, reconoció y ordenó el pago de cesantía a favor del actor. En el citado acto administrativo se dispuso que el pago solo se realizaría cuando existiera disponibilidad presupuestal para atender el pago y de acuerdo al turno de atención correspondiente en el orden de radicación de la solicitud, tal como lo dispone el artículo 14 de la Ley 344 de 1996. Es decir, que el acto administrativo cuya nulidad estaba sometido a una condición, como era contar con la respectiva disponibilidad, razón por la cual no puede exigirse su cumplimiento hasta tanto no se verificara el cumplimiento de tal condición
5. Es cierto.
6. No es un hecho, es la transcripción de la ley.
7. No es un hecho, es un fundamento jurisprudencial en el cual se basa la apoderada de la parte actora para sustentar sus pretensiones.
8. Es cierto que la solicitud de retiro de cesantías se presentó en la fecha indicada, también que fueron canceladas. No es cierto que transcurrieron 605 días de mora, teniendo en cuenta que por tratarse de retiro de cesantías parciales, estas solo son canceladas en la medida que exista disponibilidad presupuestal y tratándose de una prestación que se paga con cargo a los recursos del FOMAG, se debe observar rigurosamente el turno de atención con relación a la presentación de las solicitudes y por ende la prelación de pago en las solicitudes de acuerdo a ese turno. Es importante anotar, que en la Resolución de reconocimiento, expresamente se establecieron las condiciones para el pago. Dicho acto administrativo fue notificado al actor y contra el mismo no se interpuso o recurso alguno, ni fue demandado.
9. Es cierto que se presentó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria en la fecha. No hay lugar al reconocimiento de sanción moratoria prevista en la ley 244 de 1995, teniendo en cuenta su calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le son aplicables las normas especiales, y por tanto prevalentes, que regulan el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentran a cargo de dicho fondo, son las establecidas en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005, siendo que en dichas disposiciones no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías.

IV.AL CONCEPTO DE LA VIOLACION DE LA NORMAS ALEGADAS POR EL DEMANDANTE.

Sobre el concepto de la violación de las normas presuntamente violadas:

Ley 91 de 1989-

Tal como lo afirma la apoderada de la apoderada de la parte demandada su poderdante ostenta la condición de docente nacionalizada y por ende le es aplicable en su integridad el régimen previsto en dicha ley. No existe vulneración a dicha ley por parte de mi representada. En virtud del mandato legal, el Departamento de Bolívar, a través de la Secretaria de Educación Departamental concurre en el trámite y pago de las prestaciones sociales de los docentes así:

- Recepcionando y tramitando en estricto orden cronológico las solicitudes.
- Expedir certificado de tiempo de servicio, salario y prestaciones.

-
- Elaborar proyecto de acto administrativo de reconocimiento y pago
 - Remitir proyecto de acto administrativo a la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del fondo.
 - Luego de la aprobación expedir y notificar los actos administrativos a que halla lugar.
 - Enviar a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos expedidos para su pago, con la respectiva constancia de ejecutoria.
 - Tramitar los recursos que se interpongan a los actos administrativos de la misma manera.

Así las cosas, mi poderdante dentro del trámite de reconocimiento y pago se circunscribe a las acciones enunciadas anteriormente. Es claro, que el Departamento de Bolívar no está a cargo el pago de las prestaciones reconocidas a la actora, por lo tanto carece de asidero legal imponer una sanción por el incumplimiento de una obligación que no está a su cargo.

Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

No existe vulneración o transgresión de esta disposición por parte de mi representado. Dado el carácter de docente nacional o nacionalizado que detenta la actora no le es aplicable la ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1076 de 2006, toda vez que el legislador creó un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005, y en dichas disposiciones no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías.

SOBRE LAS RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

Para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que el artículo 4° de la Ley 91 de 1989 creó el precitado fondo como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, y cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Así mismo, se estableció que en dicha cuenta se debían afiliar a los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados al servicio educativo al momento de promulgación de dicha norma, así como a los que se vinculen con posterioridad a ella.

De igual manera, en dicha norma se estableció qué prestaciones económicas y sociales de los docentes se encontraban a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo que en lo que respecta al auxilio de cesantías, el numeral 3° del artículo 15 *ejusdem* estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 15°.- *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

(...)(...)

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, acumulados 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.

Ahora bien, sobre el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales y económicas de los docentes que se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual incluye el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, el Gobierno Nacional, a través del Decreto No. 2831 del 16 de agosto de 2005, estableció un procedimiento especial en el cual se fijaron las pautas, términos y entidades participantes en la expedición de los actos de reconocimiento, en donde se estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 2º. RADICACIÓN DE SOLICITUDES. *Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

ARTÍCULO 3º. GESTIÓN. A CARGO DE LAS SECRETARÍAS DE EDUCACIÓN. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

- 2, Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

PARAGRAFO PRIMERO: Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

PARAGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

ARTÍCULO 4°. TRÁMITE DE SOLICITUDES. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

ARTÍCULO 5°. RECONOCIMIENTO. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

Es claro que la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna, por lo tanto, en lo que respecta a los términos y el procedimiento para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, corresponde acudir a dicho canon y a las normas que lo reglamentan para determinar las etapas, condiciones, términos y formalidades propias del trámite de reconocimiento.

Ahora bien, el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, por lo tanto este sector se encuentra excluido del régimen de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como a las citadas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En efecto, en materia de cesantías la Ley 91 de 1989 establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

De lo anterior resulta claro que, sea que se esté ante el régimen retroactivo de cesantías aplicable a los docentes nacionalizados o ante el régimen de liquidación anual aplicable para los docentes nacionales y para los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, siempre será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada de la liquidación y pago del auxilio de cesantía, motivo por el cual los docentes afiliados al citado fondo se encuentran exceptuados del régimen fijado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la Ley 344 de 1996, norma esta que le impone al empleador la obligación de liquidar definitivamente dicha prestación al 31 de diciembre de cada anualidad, sin perjuicio de la que deba realizarse en fecha anterior por terminación de la relación laboral, de reconocer los intereses legales a que haya lugar, y a consignar antes del 15 de febrero de cada anualidad, en el fondo que el empleado elija, el valor del auxilio de cesantía, siendo que al empleador que incumpla dicho plazo deberá pagar un día de salario por cada día de retardo; pues como ya se dijo, conforme se estipula en la Ley 91 de 1989, el citado Fondo no tiene la obligación legal de consignar el auxilio de cesantía del docente afiliado a un determinado fondo en un periodo determinado.

Sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la H. Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003¹, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones

¹ El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

(...)(...)

Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989.”

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado.

(...) (...)

Ahora bien, en materia de regímenes especiales, como lo es aquel del Magisterio, que como se ha visto comprende al mismo tiempo aspectos prestacionales y de seguridad social, reiteradamente la Corte ha señalado que aquél no es, en sí mismo, violatorio del derecho a la igualdad.²

(...) (...)

Ahora bien, en el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad.

En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990.³

Así las cosas, acorde a la especialidad del régimen de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tampoco se puede predicar que a este sector le sea aplicable la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por los motivos que pasan a verse.

En primer lugar, conforme se estipula en el Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de cualquier prestación social docente, el interesado deberá radicar su solicitud ante la Secretaría de Educación del ente territorial certificado, quien a partir de ese momento cuenta con quince (15) días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la prestación y para remitirlo a la sociedad fiduciaria que se encuentre encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, quien para el caso concreto es la Fiduciaria La Previsora S.A., por su parte, una vez la sociedad fiduciaria recibe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, esta igualmente cuenta con otros quince (15) días hábiles para impartir su aprobación al proyecto o para indicar las razones por las cuales lo desapruueba, siendo que, una vez aprobado, el proyecto de resolución deberá ser nuevamente remitido a la Secretaría de Educación territorial

² Sentencias C-461 de 1995, C-080 de 1999, C-890 de 1999, C-956 de 2001, C-835 de 2002, C-1032 de 2002 y C-941 de 2003.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-928 del ocho (8) de noviembre dos mil seis (2006). Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

para que el encargado de dicha dependencia lo suscriba y notifique al interesado en los términos previstos en la Ley, finalmente dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento, la Secretaría de Educación territorial deberá enviar copia del mismo junto con la constancia de ejecutoria a la sociedad fiduciaria para efectos de realizar el respectivo pago.

Por lo tanto, se puede concluir válidamente que el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005 es el procedimiento especial aplicable al caso de las reclamaciones del auxilio de cesantía del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo que dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

En efecto, a pesar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, se erige como una norma posterior a la Ley 91 de 1989, se tiene que esta última norma, a pesar de ser anterior en el tiempo, constituye la norma especial en lo que respecta al procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

V.EXCEPCIONES

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION

Teniendo en cuenta el carácter de docente nacional o nacionalizado de la actora, y acorde a la especialidad del régimen de liquidación de cesantías aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se puede predicar que a este sector le sea aplicable la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo expusimos en el acápite de los fundamentos de derecho y razones de la defensa, por lo tanto es claro que no hay lugar al reconocimiento por ese concepto.

Aunado a lo anterior el pago de la cesantía fue realizado dentro del término estipulado por el artículo 2 de la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA FRENTE AL PAGO

La Ley 962 de 2005 estableció un procedimiento para la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, intervienen la Secretaría de Educación, al cual pertenece la docente, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales *“Las prestaciones sociales que **pagará** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán **reconocidas** por el citado Fondo.”*

Por lo tanto debe entenderse que al Departamento de Bolívar al presente trámite se vincula para efectos de integrar el litisconsorcio, pero quien asume el pago de las obligaciones es la Nación- Fondo de Prestaciones Sociales del Ministerio.

RECLAMACIÓN DE SANCIÓN POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS NO REQUIERE VINCULACIÓN DEL DEPARTAMENTO COMO LITISCONSORTE NECESARIO

Al resolver un recurso de apelación dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado precisó que la figura jurídica del litisconsorte necesario no está regulada de manera específica en la Ley 1437 del 2011, por lo que se hace necesario acudir al artículo 227 ídem.

Este articulado dispone que en lo no regulado por este estatuto procesal, se aplicarán las normas del. Es importante resaltar que la disposición que regulaba este precepto de litisconsorte necesario era el artículo 51 del CPC, el cual fue derogado por el literal c) del artículo 626 del Código General del Proceso (CGP) (L. 1564/12). En tal virtud, se acude a lo dispuesto por el art 61 de CGP, que determina todo sobre este precepto y la integración del contradictorio.

Con lo precedente, la Sección Segunda del alto tribunal administrativo, mediante Sentencia 63001233300020140014301 (4187205), sostuvo que debe definirse si es necesaria la conformación del litisconsorcio necesario por pasiva, mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso, con el fin de definir la necesidad o no de este litisconsorcio en el caso concreto. Para el caso particular:

“En relación con el caso concreto, la corporación aseguró que el reconocimiento de prestaciones sociales del magisterio es una competencia dada al respectivo fondo nacional mediante la aprobación que realice la Fidupervisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente. Ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 del 2005.

Por tal razón, al encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías, no surge la necesidad de vincular al ente territorial – secretaria de educación municipal a la presente acción, en calidad de litisconsorte necesario.

Lo precedente, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías a un docente, dado que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna de la secretaria de Educación del ente territorial, concluye el fallo (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez)”.

Es claro que mi representado no debería concurrir dentro del presente proceso, habida cuenta que el reconocimiento y pago de la prestación reclamada está en cabeza del FOMAG y no de mi representada.

Sumado a lo anterior, la obligación de efectuar el pago de las cesantías corresponde únicamente a la **FIDUPREVISORA**, pues, de conformidad con el decreto 2351 de 2005, el deber de la Secretaría de Educación se contrae únicamente a remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago.

CARENCIA DE DERECHO PARA PEDIR

En razón a que no le asiste derecho al reclamante para pretender que le sea reconocida una prestación económica para la cual no cumple con los requisitos legales, esto es, que hubiese expirado el término estipulado en la norma sin que se hubiese efectuado el pago.

RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA.

En el caso de que la cesantía adeudada al docente se hubiese cancelado fuera del término estipulado en la ley, el deber de cancelar la indemnización correspondería a FIDUPREVISORA, teniendo en cuenta que fue remitido oportunamente el acto administrativo debidamente notificado a esa entidad para su pago, conforme a lo dispuesto en el decreto 2831 de 2005, tal como consta en la certificación expedida por la FIDUPREVISORA.

EXCEPCIÓN GENÉRICA U OFICIOSA. Cuando el Juez halle probada cualquier excepción de fondo deberá reconocerla de oficio en la sentencia.

VI. PRONUNCIAMIENTO Y OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a las pretensiones de la demanda por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable. Por las mismas razones me opongo a los argumentos expuestos en el capítulo “*fundamentos de derecho*”.

En cuanto a la pretensión 1 no deberá concederse por ser improcedente y por no ser el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR el responsable del pago por acreencias laborales a favor de los docentes nacionalizados como el caso del actor, los cuales están a cargo del FOMAG

No deberá prosperar la pretensión dos a que se condenen al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR por las razones anotadas en el numeral primero.

Me opongo a las demás pretensiones y condenas por las mismas razones anotadas al referirme a la pretensión No. 1.

VII. NOTIFICACIONES

Mi poderdante en notificaciones@bolivar.gov.co y la suscrita en el correo electrónico bettydelae@hotmail.com

VIII.PETICIONES

ACEPTAR la presente contestación por haber sido presentada en tiempo.

ACEPTAR a la suscrita como Apoderada Judicial del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.**

Declarar probadas las excepciones de fondo propuestas, en consecuencia absolver a mi representada.

Denegar las pretensiones de la demanda conforme a los argumentos manifestados en la presente contestación.

Atentamente,

Con el respeto acostumbrado,

BETTY ALEJANDRA DE LA ESPRIELLA
Abogada Especialista en Derecho Administrativo

Betty De La Espriella

BETTY ALEJANDRA DE LA ESPRIELLA SALDARRIAGA

C.C. 45.539.644 de Cartagena

T.P. 181.141 C. S. de la J.