

Señores

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CARTAGENA

Calle 32 N° 10-12

Correo electrónico: [admin05cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin05cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Cartagena, Bolívar

Ref. Contestación de la demanda

Rad. Medio de Control Nulidad y restablecimiento del Derecho No.  
13001333300520190024300

Accionante: FERNANDO MIRANDA HERNANDEZ

JOSE MIGUEL ALVAREZ CUBILLOS, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.235.556 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 162.242 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en representación del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, identificados con NIT 899999001-7 y 830028288-7, respectivamente y conforme a la sustitución de poder que fuere efectuada por LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, quien a su vez funge como apoderado general según lo contemplado en las Escrituras Publicas Nos. 522 del 28 de marzo de 2019, 0480 de 03 de mayo de 2019 y 1230 del 11 de septiembre de 2019 y protocolizadas de la Notaría 34 del Circulo de Bogotá D.C, Notaria 28 del Circulo de Bogotá y Notaria 28 del Circulo de Bogotá, en su orden, mediante el presente escrito y dentro del término legal me permito dar contestación de la demanda, así:

## I. A LOS HECHOS:

**AL PRIMERO:** Es cierto. Al respecto, la Ley 91 de 1989, en su artículo 3 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.

**AL SEGUNDO:** No es un hecho, es la interpretación que la parte actora le abroga al parágrafo segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.



No obstante lo anterior, aclaro que la norma en mención hace referencia a la competencia residual por parte de los entes territoriales respecto de los docentes nacionales y nacionalizados que ingresaron al Magisterio con anterioridad de la vigencia de la ley.

**AL TERCERO:** No es cierto, toda vez que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías debe ser presentada ante la respectiva Secretaria de Educación del orden territorial correspondiente.

**AL CUARTO:** Es cierto, teniendo en cuenta para ello, que el acto administrativo fue aportado junto con la demanda.

Asimismo, se aclara que la Resolución fue expedida por la Secretaria de Educación correspondiente y no por mis representadas.

**AL QUINTO:** No es cierto, dado que los dineros estuvieron a disposición del docente en fecha distinta a la expuesta por la parte actora, conforme se acreditará en la etapa probatoria.

**AL SEXTO:** No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

**AL SÉPTIMO:** No es cierto, toda vez que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías se efectuó ante la respectiva Secretaria de Educación del orden territorial correspondiente.

Aunado al hecho que se desconoce por parte de mi poderdante si la Secretaria de Educación trasladó la petición al Ministerio de Educación o al Fomag o en su defecto, si procedió a pronunciarse sobre el fondo de la misma.

## II. LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por considerar que al extremo activo no le asiste razón en sus peticiones, como quiera que el acto administrativo demandado no trasgrede el orden constitucional y legal, aunado al hecho que no reúnen los presupuestos necesarios para acceder al pago de la sanción moratoria aquí peticionada por parte de mi poderdante.

### III. EXCEPCIONES PREVIAS

#### 1. Inepta demanda.

La ineptitud de la demanda, como causal de excepción previa, se erige cuando el juez al calificar el escrito introductorio advirtió que el mismo no reúne los requisitos legales establecidos en el art. 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o los demás especiales señalados en el mismo estatuto para ciertos medios de control, o bien porque conteniente una indebida acumulación de pretensiones.

Para el asunto, se observa que en la demanda no se explicó el objeto de violación en la forma indicada en el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 y mucho menos se invocó causal alguna para sustentar la supuesta nulidad en los términos del artículo 137 *ejusdem*, ausencia que no solo se constituye como un defecto de forma, sino que desconoce el principio de lealtad procesal que debe imperar en todas las actuaciones judiciales.

Al respecto, el artículo 162 reza:

*“Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: (...)*

4. *Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”*

De igual manera, el artículo 137 dispone:

*“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

*Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió(...)”*

Si lo anterior no fuera suficiente, la parte demandante en su escrito genitor, tampoco se preocupó por determinar con claridad el acto administrativo demandado, ni indicó con exactitud ante quien radicó la petición que fundamenta el supuesto silencio administrativo aquí invocado, omisión que impide ejercer el derecho de defensa a cabalidad, puesto que se desconoce si la petición fue radiada ante el ente territorial, ante el Ministerio de Educación o ante el Fomag, y es que no puede olvidarse que el numeral 3 del artículo 162 ya mencionado obliga que los hechos y omisiones que servirán de fundamento a las pretensiones, deberán estar *“debidamente determinados, clasificados y numerados”*, lo cual se echa de menos en la demanda que es objeto de pronunciamiento.

## **2. Ausencia de integración del litisconsorcio necesario por pasiva**

El artículo 61 del Código General del Proceso dispone:

*“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible*

*decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

(...)

*Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.*

A su vez, el artículo 100 ibidem, en su numeral 9 consagró como causal de excepción previa “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”.

Igualmente, el Consejo de estado al estudiar un caso similar, expuso:

*“El simple hecho de haber sido el ente territorial Departamento del Tolima – Secretaría de Educación la autoridad que expidió el acto administrativo objeto del debate procesal estructura, per se, la legitimación en la causa por pasiva para exigir su intervención dentro del debate jurídico”<sup>1</sup>*

Descendiendo al caso en estudio, es claro que el acto demandado fue expedido por la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, por ser ella la entidad competente para pronunciarse respecto el pago de las cesantías reclamado por la aquí demandante, de suerte que, la entidad territorial en cuestión debe estar vinculada a las resultas de este proceso, máxime si su retardo ocasionó que por parte de mis representadas, no pudieran acatar lo ordenado en el acto, dentro de los plazos legales.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección A Auto del 14 de mayo de 2014, Consejero Ponente: doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, N.º Interno 1075-14, Demandante ALICIA CORTES BOCANEGRA

Y es que no pueden perderse de vista los problemas operativos de las entidades territoriales, entre ellos la mora en la expedición de los actos administrativos que reconocen la prestación económica, los cuales, superan con creces el término dispuesto por el legislador para resolver las respectivas solicitudes, hecho que, por demás, impide que el Fondo pague oportunamente tales prestaciones, luego si la mora no es generada por un hecho atribuible a la Fiduciaria, no habría lugar a condenarlo a pagar la sanción aquí exorada.

En efecto, para el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios -FOMAG y en favor de los educadores nacionales afilados al mismo, las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, el Decreto 2831 de 2005 – establecieron un procedimiento administrativo especial. Al respecto, ese procedimiento contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, todo lo cual, implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas- y de la Fiduprevisora S.A., esta última como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien, a su vez, deberá respetar, no solo el turno de radicación de las solicitudes de pago, sino también, la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

De suerte que, la expedición del acto de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas por parte de las Secretarías de Educación, no implica *per se* su pago inmediato, dado que, como ya se indicó, el mismo se encuentra condicionado al turno de radicación y a la disponibilidad presupuestal. Lo anterior, 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.

Si lo anterior no fuera suficiente, nótese que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” dispone:

*“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*

*Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

**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. (...)** (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, si bien es cierto que la parte demandante radicó la solicitud de reconocimiento de cesantías, también lo es que la entidad territorial superó con creces el término de 15 días hábiles para pronunciarse sobre el fondo de la misma, luego, si tal mora ocasionó un perjuicio, el mismo, en momento alguno debe ser asumido por mi representada, por lo que se solicita la integración del contradictorio con la respectiva Secretaria de Educación, para que esta con sus recursos, responda por la sanción aquí deprecada, por así disponerlo el parágrafo del artículo 57 *ibidem*, cuyo tenor literal reza:

**“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". (Resaltado fuera de texto).*

En suma, siendo la entidad territorial quien profiere el acto administrativo sobre el cual se ejerce el presente medio de control, debe ser parte del contradictorio, para que se analice la injerencia de aquella en el retardo para el pago de la prestación solicitada por la parte demandante, y como consecuencia, sea condenada por incumplimiento de la expedición y notificación del acto de reconocimiento de cesantías dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la presentación de la solicitud.

#### IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO Y FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA

##### ***1. Cobro Indebido de la sanción moratoria en cabeza del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG***

De conformidad con lo expuesto en la excepción previa denominada ausencia de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, es claro que mis poderdantes no son responsables por el pago de la sanción moratoria aquí reclamada o al menos, no en su totalidad, ya que su causación no se generó por un hecho atribuible a una acción u omisión del FOMAG, sino a la desidia de la Secretaria de Educación en la resolución oportuna de la solicitud de reconocimiento de las cesantías y su consecuente expedición del acto administrativo.

En efecto, el docente o su causahabiente realiza su respectiva solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, sean parciales o definitivas, a la Secretaria de Educación, quien al tenor de lo dispuesto por las Leyes 91 y 962 de 1989 y 2005, en su orden y el Decreto 2831 de 2005 es la responsable de la expedición del acto de reconocimiento de la prestación mencionada, para lo cual cuenta con un término no mayor a 15 días, so pena de causarse la sanción moratoria en favor del docente y en contra de la administración.

Ahora bien, como quiera que la Secretaria de Educación omitió los términos legales para pronunciarse sobre el fondo de la solicitud, puesto que la misma fue radicada el día 04 de mayo de 2017, en tanto que el acto administrativo que resolvió la misma fue expedido y notificado al interesado con posterioridad al término que tenía para ello, luego es claro entonces, que la sanción moratoria generada en el presente asunto, es imputable a la Secretaria de Educación y no a mis representadas, máxime si a estas no le asiste la obligación legal y/o contractual de resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías, aunado al hecho, que tampoco tuvieron conocimiento oportuno que la parte actora había elevado solicitud en tales términos.

Si esto es así, como en efecto lo es, a mis poderdantes no se les puede endilgar responsabilidad con ocasión al perjuicio causado por virtud del retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías y que para el *sub lite*, se traduce en la sanción moratoria, la cual se constituye como una indemnización en favor del empleado.

En este punto, es imperioso resaltar que el FOMAG ha estado presto a cancelar las obligaciones que a él le corresponden, siempre que tenga conocimiento de las mismas, pero como en el asunto que ocupa nuestra atención, no tuvo conocimiento oportuno de la situación reclamada por la parte demandante; a la Fiduciaria y por la notable demora de la Secretaria de Educación en atender sus deberes respecto la parte actora, le fue imposible atender el pago, hecho que nos lleva a concluir sin dubitación alguna que el Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG no fueron los causantes de los perjuicios que hoy se le endilgan y aquí se reclaman.

Respecto el punto anterior, sabido es que la sanción moratoria es aquella que se paga para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida<sup>2</sup>. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los

---

<sup>2</sup> PLANIOL, Marcel, Ripert, Geoger: Derecho Civil, V. 8, Harla, México, 1997, pág. 632; HINESTROSA FORERO, Fernando: Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pág. 165. PADILLA, René: La mora en las

daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación<sup>3</sup>.

De la lectura de lo anterior, es claro que el Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG no retraso de forma injustificada el pago, luego, como ya se indicó, no habría lugar al pago de la sanción por parte de mis poderdantes.

Por virtud de lo anterior, solicitó se acceda a la presente excepción y se niegue en cabeza mis representadas el cobro de la sanción moratoria, o en su defecto, se condene tanto a la secretaria como a mis representadas al pago de la sanción, proporcionalmente y teniendo en cuenta el grado de responsabilidad en la ausencia de resolución y pago de las cesantías.

## 2. Ausencia de ejecutoria de la Resolución No. 1091 del 16 de marzo de 2018 respecto el FOMAG

El artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

*“Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.”*

obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 225; ALBALADERO, Manuel: Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones, Edisofer, Madrid, 2004, pág. 70.

<sup>3</sup> PLANIOL, Marcel, Ripert, Geoger: Derecho Civil, V. 8, Harla, México, 1997, pág. 617; MAZEAUD, Henri / MAZEAUD, León / TUNC, André: Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, T. 3, V. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963, pág. 504; CLARO DEL SOLAR, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, V. V, Santiago, 1988, pág. 723; LARENZ, Kart: Derecho de Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 339 y 340; PADILLA, René, La mora en las obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 220; MANASEVICH, Rene Abeliuk: Las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile / Editorial Temis; Santiago, 1993, pág. 710.

A su vez, el artículo 87 ibidem prevé taxativamente los eventos en que un acto administrativo cobra firmeza. Sobre el particular, la norma en cita dispone:

*“Los actos administrativos quedarán en firme:*

- 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.*
- 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.*
- 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.*
- 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.*
- 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo”*

De la lectura de las normas anteriormente transcritas se puede concluir que para la ejecución de un acto administrativo es necesaria la firmeza del mismo, la cual pende de su debida notificación no solo al particular sino aquel que se vea afectado con las resultados de la decisión.

Pues bien, para el sub lite, la parte demandante invocó como cumplida tardíamente la Resolución 1091 del 16 de marzo de 2018, por la cual se reconoció las cesantías en cabeza de la parte demandante y creó a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. la obligación de pagar las mismas, no obstante el acto administrativo mencionado fue expedido, el mismo no fue notificado en la forma señalada en la ley a la entidad encargada de cumplir la orden, por lo que, la obligación allí contenida no le era exigible u oponible al FOMAG desde la notificación al demandante.

Al respecto, la resolución aquí mencionada es de carácter particular, por lo que su notificación tanto al interesado como al Fomag debía surtirse en los términos dispuestos por el artículo 66 del Código

Contencioso Administrativo y siguientes, por su parte, el artículo 72 del mismo Código establece que, sin el lleno de tales requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que el FOMAG, como tercero interesado no fue notificado en oportunidad de la Resolución que le impuso la obligación de pagar una suma de dinero en favor de la parte accionante, por lo que al no haberse cumplido los requisitos de publicidad exigidos la decisión, esta no produce efectos respecto el fondo y, por ende, no está llamado a cumplir la orden a él atribuida, mismas circunstancias que se presentan sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora reclamada por el demandante.

Y es que no debe olvidarse que, no obstante existir un acto administrativo investido de la presunción de legalidad, porque se asume que fue expedido con el lleno de todos los requisitos legales y por lo tanto resulta apto para ser ejecutado, el mismo no es oponible al administrado o al tercero, en la medida en que tal acto no haya sido puesto en su conocimiento en la forma indicada por la ley, lo cual se explica si se tiene en cuenta que nadie puede ser obligado a dar cumplimiento a una disposición que desconoce o como lo contempla aquel principio general, *“nadie está obligado a lo imposible”*.

Así las cosas, en el presente asunto, es evidente que la decisión contenida en la Resolución No. 1091 del 16 de marzo de 2018, al no haberse notificado al FOMAG, no está llamada a producir efecto legal alguno en su contra y por ende, la causación de la sanción moratoria reclamada a mis poderdantes tampoco está llamada a prosperar, pues para que surta efectos en contra de mis poderdantes, el hecho generador de la sanción (tanto la solicitud como la resolución que reconoció y ordenó el pago de las cesantías) debía ser notificado no solo al particular sino a los terceros interesados.

Lo anterior no se contrapone a la obligatoriedad de remitir para la revisión previa a la sociedad fiduciaria, puesto que, si bien es cierto que el decreto 2831 de 2005 indica que las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar

el FOMAG, 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, también lo es que para su ejecución será indispensable la notificación, tanto al particular como al FOMAG.

Considerar lo contrario, sería desconocer el derecho de contradicción del Fondo, pues en el evento de haber aprobado un proyecto de resolución y pese a ello, la resolución expedida no concuerde con el proyecto aprobado, nos debemos cuestionar ¿El fondo estaría obligado a acatar esa orden?

### 3. Prescripción.

En gracia de discusión, en el evento que no se declaren probadas las excepciones anteriores y sin que ello pueda configurar la aceptación de la mora en cabeza de mis poderdantes, propongo el presente medio exceptivo, como una forma de extinción del derecho reclamado.

Al respecto, el artículo 151 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 DE 1948, dispone:

*“PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”*

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado, determinó la forma como se debe contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

*“(…)Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual*

el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria (...)<sup>4</sup>

#### 4. Pago de la obligación.

El artículo 1625 del Código Civil señala que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula, o bien, entre otras, por la solución o pago efectivo, asimismo, a voces del artículo 1626 del Código Civil, el pago es la prestación de lo que se debe.

Atendiendo a lo anterior y en el evento de encontrarse probado cualquier pago por concepto de la sanción aquí deprecada, solicito sea reconocido y como consecuencia, se declare extinta la obligación reclamada.

#### 5. Sostenibilidad financiera

Al respecto, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortaleció la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implica que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan, es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente: doctor Jesús María Lemus Bustamante, N.º Interno 2777-2004, demandante José Bolívar Caicedo Ruíz.

legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, actuó conforme este principio y colocó los dineros a disposición del accionante una vez contaba con los fondos para ello partiendo de la Resolución correspondiente expedida por la Secretaría de Educación competente, que como ya se indicó expidió el mismo con posterioridad al término con el que contaba para ello, sin que mis representadas hayan tenido injerencia en la mora.

**6. El término señalado como sanción moratoria a cargo del fomag y la fiduprevisora es menor al que señala el demandante y la Secretaría de Educación**

Pues bien, el artículo 57 de Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, reza:

***“Eficiencia en la Administración de los Recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros. 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.***

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.” (Resaltado fuera de texto)

En principio la Secretaría, señala que se ciñó al procedimiento enmarcado en los artículos 2,3,4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 el cual reglamentó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, i indicando para el efecto, que suscribió el acto administrativo previa aprobación por parte del ente pagador. No obstante, el H. Consejo de Estado en sentencia SU 00580 de 18 de julio de 2018 señaló que dicha normatividad tiene una contradicción frente a los términos enmarcados en Ley 1071 de 2006 ya que los términos a aplicar son los establecidos en la ley y no en el decreto reglamentario.

Al respecto, la corporación en cita decantó:

*“(...) En consecuencia, estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso (...) la Sala inaplicará para los efectos de unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria (...)”*

Entonces, en virtud de lo señalado en la Ley 1071 de 2006, el acto administrativo debió expedirse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de solicitud de las cesantías, para que, una vez ejecutoriado, el pagador, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes, ponga a disposición del peticionario los respectivos recursos.

En consecuencia, hubo un retardo por parte del ente territorial en expedir el acto administrativo al no haber sido proferido dentro del término de los quince (15) días posteriores a la radicación de la solicitud.

Conforme a lo anterior, se observa que el acto de reconocimiento de las cesantías fue proferido de forma extemporánea, pues como la solicitud de cesantías se realizó en vigencia del CPACA el término para el pago era de 70 días hábiles, y conforme a la regla establecida en la sentencia de unificación<sup>5</sup> dicho término se cuenta a partir de la petición así: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 10 días de ejecutoria y 45 días para el pago de las cesantías.

Así las cosas, el ente territorial ya había sobrepasado el límite de tiempo otorgado por la Ley, cercenándole a mi representada el plazo establecido por ley para efectuar el correspondiente trámite administrativo y así poder realizar el pago oportuno, por lo que a voces del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, la responsabilidad de la mora recae en la **Secretaría de Educación**, quien debe ser vinculada y condenada en la sentencia que ponga fin al litigio.

De igual manera, la sanción moratoria en caso de presentarse se debe computar conforme a lo explicado anteriormente, y no de la forma errónea en la que la hace el demandante, que entre otros yerros, tiende a referenciar la fecha en que retiro los dineros de la correspondiente entidad bancaria y no pone de presente que los mismos estuvieron con antelación a su disposición, factores que ineludiblemente llevan a un término inferior al computado por el demandante.

## V. PRUEBAS

Presento y solicito se tengan como tales:

### 1. DOCUMENTALES

Solicito se libren las siguientes comunicaciones.

- 1.1. Oficiar a la Secretaria de Educación respectiva, para que se sirva aportar copia del expediente administrativo correspondiente a la sanción mora aquí reclamada, así como de que informe si recibió la petición del 18 de julio de 2018 realizada por el accionante informando el trámite dado a la misma indicando si emitió respuesta o no a esta.
- 1.2. Oficiar a la Fiduprevisora para que se sirva certificar respecto la solicitud y pago de la cesantía del demandante: i. La fecha en la cual se pusieron a disposición del demandante los dineros, ii. La fecha en la cual le fue remitido el proyecto de acto administrativo que reconoció las cesantías parciales; y iii. Si a la fecha se ha realizado pago parcial o total de la sanción mora solicitada por el demandante.

---

<sup>5</sup> H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 18 de julio de 2018, Radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) Jorge Luis Ospina Cardona. Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima.

- 1.3. Oficiar a la Fiduprevisora para que se sirva certificar con destino a este proceso, si le fue remitida la petición del 18 de julio de 2018 realizada por el accionante, o si copia de la misma fue radicada en sus dependencias. De ser así, se sirva informar el trámite dado a la misma indicando si emitió respuesta o no a esta.

## VI. ANEXOS

Sustitución de poder junto con sus respectivos anexos.

## VII. NOTIFICACIONES

EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL las recibirá por intermedio del Ministerio 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@minieducacion.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@minieducacion.gov.co).

El suscrito apoderado, las recibiré en los correos electrónicos [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co); [procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co). De igual manera solicitó se notifique toda actuación y decisión que se tome dentro del presente proceso en los anteriores correos.

Sin otro particular me suscribo.



**JOSE MIGUEL ALVAREZ CUBILLOS**

**Abogado Unidad Especial Defensa Judicial FOMAG.**

C.C. No.80.235.556 de Bogotá

T.P. No. 162.242 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

Revisó: Fabián Fonseca Coordinador Zona 2.

**"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](mailto: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 corresponsalía 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.