

Señores

JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.-

E. S. D.

Radicación:	13-001-33-33-005-2020-00076-00
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Libia Mercedes Viggiani Guardo
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto:	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PAMELA ACUÑA PÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.938.289 de Cartagena, T.P. No. 205.820 del C.S. de la J., en mi condición de apoderada sustituta de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme el poder a mi otorgado por el Doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de acuerdo con la certificación suscrita por la Representante Legal de **FIDUPREVISORA S.A.**, de fecha 21 de febrero de 2019, y según el Poder General que le fue otorgado mediante Escritura Pública N° 1230 del 11 de septiembre de 2019, que lo faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial; doy contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

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

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de dichas prestaciones, que correspondan al personal afiliado y garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

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

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

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

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

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

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

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

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

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;*
- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia, separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;*

¹ Ley 91 de diciembre 29 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

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

8) *Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”² (Negrilla fuera del texto original)*

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

1. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto tanto las declarativas como las de restablecimiento del derecho no están llamadas a prosperar en contra de mi representada, por las razones que se expondrán a lo largo del escrito de contestación, a saber:

DECLARATIVAS

PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA y CUARTA: Me **OPONGO** como quiera que la parte accionante NO le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías en los términos indicados; en suma, debe ponerse de presente que, la Ley 344 de 1996 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por la presunta consignación inoportuna de las cesantías reclamadas.

CONDENA

PRIMERA: Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

SEGUNDA: Me **OPONGO** debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de las pretensiones declarativas, de tal suerte que, al desecharse por improcedentes, las pretensiones condenatorias deberán correr la misma suerte; aunado a que no es procedente ordenar el ajuste de la sanción

² Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234.

moratoria a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

TERCERA: Me **OPONGO** en cuanto la pretensión NO tiene vocación de prosperidad, en los términos indicados y por las razones que se expondrán en las excepciones propuestas.

CUARTA: Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

QUINTA: Me **OPONGO** debido a que NO existe fundamento fáctico ni jurídico alguno que habilite al Despacho a emitir condena en costas en contra de mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 de Código General del Proceso ni el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

2. EN CUANTO A LOS HECHOS

FRENTE AL HECHO PRIMERO: El hecho en mención **ES CIERTO**, ello si se considera que de conformidad con el material probatorio allegado con el escrito de demanda.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: Al respecto debe indicarse que **NO LE CONSTA A LA PARTE QUE REPRESENTO**, no se verifica ningún medio de prueba que permita corroborar tal afirmación.

FRENTE AL HECHO TERCERO: Al respecto debe indicarse que **NO LE CONSTA A LA PARTE QUE REPRESENTO**.

FRENTE AL HECHO CUARTO: El hecho en mención **ES CIERTO**, ello si se considera que con el soporte de radicación al que se hace mención, y allegado con el escrito de demanda se puede corroborar tal indicación.

El hecho en mención **NO LE CONSTA A LA PARTE QUE REPRESENTO**, no se verifica ningún medio de prueba que permita corroborar tal afirmación.

FRENTE AL HECHO QUINTO: La referencia **NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO**, sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, que valga advertir, carece de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tal indicación.

FRENTE AL HECHO SEXTO: El hecho en mención **ES CIERTO**, ello si se considera que con el soporte de radicación al que se hace mención, y allegado con el escrito de demanda se puede corroborar tal indicación.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO y OCTAVO: La referencia **NO SON HECHOS EN SÍ MISMO**, sino que constituyen apreciaciones personales del apoderado judicial de la parte demandante, que valga advertir, carecen de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tales indicaciones.

FRENTE AL HECHO NOVENO: Al respecto debe indicarse que **NO LE CONSTA A LA PARTE QUE REPRESENTO**, no se verifica ningún medio de prueba que permita corroborar tal afirmación.

3. EXCEPCIONES PREVIAS

- PRESCRIPCIÓN

En relación a la prescripción extintiva del derecho, se desprende que se le dé aplicación a lo establecido en el artículo 151 del Código de procedimiento laboral, establece el término de prescripción de la siguiente forma:

Artículo 151. 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.*

De ahí que el Consejo de Estado en sentencia 00188 de 2018, afirma que:

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal. [...]» (Subraya de la Subsección).

Por lo anterior, no se comparte el argumento del a quo al resolver la excepción de prescripción según el cual «[...] al no existir prescripción respecto de las cesantías, tampoco lo habrá de la sanción moratoria, por ser ésta consecuencia del pago tardío de la primera [...]», porque la sanción moratoria se causa de forma autónoma, por el solo incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías. Es decir, no se supedita al pago efectivo de las cesantías.

En aplicación del criterio antes expuesto, se establece que la cesantías, intereses de cesantías y la sanción moratoria es prescriptible y se le aplica lo previsto en el artículo 151 del C.P.L, por lo cual, se solicita que se declare la configuración del fenómeno prescriptivo de las cesantías e intereses de cesantías, las cuales comenzaron a ser exigibles desde el 14 de febrero de 1995 hasta el 14 de febrero de 2018, al igual que la sanción moratoria solicitada por la parte demandante.

- CADUCIDAD

Mediante auto del 12 de septiembre de 2019, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER, dentro del expediente con radicado 47001-23-33-000-2019-00137-01(2957-2019), consideró que:

“Las cesantías son una prestación social de carácter unitaria y no periódica, aun cuando la liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, que se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.

La Corporación en relación con el término de caducidad para reclamar la reliquidación de las cesantías, y los hechos nuevos, puntualizó:

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, **emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C.C.A.**”

En ese orden de ideas, **en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto (...)**. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En tal sentido, el máximo tribunal de la jurisdicción sentó su postura, indicando que en los casos como el que ocupa la atención en sede del presente medio de control, la demanda debió presentarse dentro del término de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, *so pena de configurarse el fenómeno de la caducidad en el caso concreto.*

En todo caso, debe ponerse de presente que el comunicado de Fiduprevisora S.A., tal y como fuere reconocido la providencia a la que se ha hecho mención, NO constituye un hecho generador de una expectativa legítima de mejoramiento de la cesantía reconocida, si se considera que:

“La sección segunda de esta Corporación, en sentencia de unificación de 14 de abril de 2016, precisó que con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013, el gremio docente, sin distingo alguno, tiene derecho a la prima de servicios a partir del año 2014, en cuantía equivalente a siete días de la remuneración mensual, y desde el año 2015, por valor de 15 días.

Así las cosas, la actora pudo pedir, en oportunidad, el reajuste de la cesantía definitiva reconocida, con la inclusión del concepto atrás aludido, fundada en las previsiones del Decreto 1545 de 2013, las cuales dieron lugar número de solicitudes y demandas que la Administración quiso frenar con los comunicados, circulares y conceptos atrás referidos. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Con todo lo anterior, queda debidamente acreditada la configuración de la excepción propuesta, y en tal sentido se solicita al Despacho declarar probada la misma.

- **FALTA DE COMPETENCIA FACTOR CUANTÍA**

La competencia es una limitante de la potestad de jurisdicción y se refiere al conocimiento de los diferentes asuntos por un determinado juez. Así mismo, ha dicho la doctrina que la competencia es una clara emanación de la jurisdicción frente a un caso concreto, quiere decir que es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.³

Entendido el concepto de competencia, al existir multitud de jueces en el territorio nacional, se deben tener en cuenta algunos factores cruciales para determinarla, *grosso modo*, los siguientes: i) **factor objetivo**, está definido por la naturaleza del asunto y en algunos casos por la cuantía; ii) **factor subjetivo**, recae en la calidad del sujeto

³ Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso. Editorial Dupré Editores (2016), pág. 230.

o de la entidad que actúa como parte en el proceso; iii) **factor territorial**, depende de la organización judicial y de criterios como el domicilio, lugar de expedición del acto y de la naturaleza de la entidad que lo expide; iv) **factor funcional**, está estrechamente ligado a la regla de la doble instancia y al factor objetivo estudiado, toda vez que permite que los jueces de superior jerarquía revisen las decisiones del *a quo* para dar mayor seguridad jurídica y corregir los yerros en los que este haya incurrido. Además, la cuantía y la naturaleza del asunto permitirán definir a que juez le corresponde conocer en única, primera o segunda instancia⁴; y por último, v) **el factor de conexidad** que encuentra su determinación con base al principio de economía procesal y permite la acumulación de pretensiones, así como la acumulación de diferentes procesos.

Dicho esto, el legislador, con el fin de evitar que los usuarios designen, por sí mismos, los jueces que consideren convenientes para que conozcan y resuelvan sus procesos judiciales, estableció en los códigos de procedimiento las competencias que cada operador jurídico tiene para conocer de un asunto en particular, teniendo en cuenta, como se explicó, la naturaleza del asunto, la cuantía y, en los casos en que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la entidad y el lugar en el que se expidieron los actos administrativos demandados.

En este orden, respecto de la competencia de los Jueces Administrativos para conocer los procesos relativos al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el numeral 2 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe lo siguiente:

Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)"

De otro lado, para que la competencia se radique en los Tribunales Administrativos, respecto de éste mismo medio de control, el artículo 152, numeral 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe:

“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos

En primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera Instancia de los siguientes asuntos:

(...)

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes

⁴ Código General del Proceso – Parte general. Hernán Fabio López Blanco. DUPRÉ Editores 2016. Pág. 256 « [...] se debe resaltar que si bien este factor se aplica en todo los eventos de asignación de competencia, en ningún caso se contempla de manera exclusiva el factor funcional pues siempre actúa coordinadamente con otros, en especial con el objetivo.»

(...)"

Ahora bien, para efectos de determinar la competencia en razón de la cuantía, el artículo 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala lo siguiente:

“Artículo 157. Competencia por razón de la cuantía. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor. En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.

Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años”.

Bajo este contexto, se advierte que la determinación de la cuantía efectuada por la accionante corresponde a **\$270.997.263**, por lo que, contrastada con la competencia prevista en el numeral 2 del artículo 155 *ejusdem*, es evidente que no el conocimiento del presente asunto le corresponde al Tribunal Administrativo de Boyacá - Reparto, en el entendido de que supera los 50 salarios mínimos.

4. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**

El acto administrativo acusado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre vicio de nulidad alguna, toda vez que el acto administrativo acusado de ninguna manera ha perdido su presunción de legalidad, ya que la demanda carece de fundamento jurídico que la sustente.

- **IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 344 DE 1996**

Con relación a la procedencia de la indemnización pretendida a través del presente medio de control, debe indicarse que, el H. Consejo de Estado, al analizar un caso de similares contornos jurídicos, consideró a través de su jurisprudencia que:

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

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

(ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975; y

(iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria”⁵.

Dentro de la misma providencia consideró que:

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

«3.- Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional»**⁵⁷.

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

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

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁵⁸, 1848 de 1969⁵⁹ y 1045 de 1978⁶⁰, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁶¹, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicado No. 08001-23-33-000-2014-00174-01, No. Interno 1653-2016, Sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2018.

47. Así, en virtud de lo dispuesto por las Leyes 344 de 1996⁶² y 91 de 1989⁶³, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, **sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados**, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional (...)**⁶⁶.

Con fundamento en las consideraciones antes transcritas, la Corporación de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, arribó a la siguiente conclusión para determinar la procedencia de la indemnización contemplada en la Ley 344 de 1996 respecto de circunstancias fácticas similares a las que hoy ocupan la atención del Despacho:

49. Así las cosas, la Ley 91 de 1989, además de crear el FOMAG para centralizar la administración de los recursos destinados al pago sus prestaciones sociales, unificó el régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo desde el punto de vista prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros que se vincularan con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

50. De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 *ibidem*⁶⁶, los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los **empleados públicos del orden nacional** que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

51. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, **no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad**, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[...] que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.», como lo es la Ley 344 de 1996⁶⁷ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró **un sistema de liquidación anualizado de cesantías para las «[...] personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado.»**

52. En consecuencia, los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990». (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Con todo lo anterior queda demostrada la improcedencia de la pretensión elevada por el accionante, de tal suerte que la misma no se encuentra llamada a prosperar conforme la motivación referida a lo largo de la excepción propuesta.

⁶ *ibidem*

- **IMPROCEDENCIA DE CONDENACION EN COSTAS**

Debe precisarse que, conforme dispone el Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

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

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

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

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, y en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad.

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

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

“En cuanto a las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada⁷.

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada NACIÓN -

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No. 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16), Sentencia 00476 del 6 de abril de 2017.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, que desvirtúa la presunción de buena fe.

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

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA**

Sea lo último indicar al Señor Juez, que con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A., y el artículo 282 del C.G.P. (aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A.), solicito al Despacho que, en caso de encontrarse probada cualquier otra excepción dentro del trámite del medio de control, se reconozca y declare en forma oficiosa.

5. PETICIONES

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones propuestas por esta parte.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración solicito al Despacho se sirva negar las pretensiones de la demanda de conformidad con la amplia argumentación expuesta a lo largo del escrito de contestación.

TERCERO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

6. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DE DERECHO

Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 196 de 1995, Decreto 3752 de 2003, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946 y Ley 244 de 1995.

PRUEBAS

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

7. ANEXOS

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

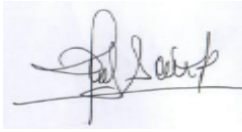
8. NOTIFICACIONES

A la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. identificada con Nit. No. 860.525.148-5 en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a la calle 72 No. 10 – 03 Piso 5 y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co.

La suscrita al correo electrónico: t_pacuna@fiduprevisora.com.co, celular 300-2399037.

Cordialmente,

{fiduprevisora}



PAMELA ACUÑA PÉREZ
C.C. No. 32.938.289 de Cartagena
T.P. No. 205.820 del C.S.J.
Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG
Vicepresidencia Jurídica

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

