

Al contestar por favor cite:
 Radicado No.: **20221181055761**
 Fecha: **11-05-2022**

Señores
JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.
 E.S.D.

Radicación:	13-001-33-33-005-2021-00288-00
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Cristóbal Jackson Sayavedra
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto:	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PAMELA ACUÑA PÉREZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.938.289 de Cartagena, abogada en ejercicio y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 205.820 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderada sustituta de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según poder debidamente conferido y anexo al presente documento, por medio de la presente me permito dar CONTESTACIÓN a la presente demanda en los siguientes términos:

EN CUANTO A LAS DECLARACIONES

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 más adelante.

Respecto de la petición de pago indicada por la demandante que fue presentada el **27 de noviembre de 2019**, es obligación presentarla ante la entidad territorial toda vez que en el caso concreto es quien tiene la obligación de cancelar la sanción moratoria causada en el año 2020; esta afirmación en concordancia con el párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020. Asimismo, manifiesto que la solicitud reclamación administrativa no fue radicada ante el FOMAG, entidad que represento, por lo que se estamos frente a una inepta demanda a favor del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Es necesario su señoría que se remita al párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020. 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.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA





Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

EN CUANTO A LOS HECHOS

AL PRIMERO: NO ES UN HECHO, es la descripción e interpretación por sustracción de materia por demás, de una norma jurídica dentro del ordenamiento colombiano.

AL SEGUNDO: NO ES UN HECHO, es la descripción e interpretación por sustracción de materia por demás, de una norma jurídica dentro del ordenamiento colombiano.

AL TERCERO: ES CIERTO, Según la documentación anexa al libelo demandatorio.

AL CUARTO: ES CIERTO, Según la documentación anexa al libelo demandatorio.

AL QUINTO: ES CIERTO, Según la documentación anexa al libelo demandatorio.

AL SEXTO: NO ES UN HECHO, es la descripción e interpretación por sustracción de materia por demás, de una norma jurídica dentro del ordenamiento colombiano.

AL SÉPTIMO: ES PARCIALMENTE CIERTO, Según la documentación anexa al libelo demandatorio, haciendo el cálculo serían 266 días.

AL OCTAVO: ES CIERTO, Según la documentación anexa al libelo demandatorio, pero al estar frente a una sanción moratoria causada en el año 2020, el artículo 57 del Plan Nacional de Desarrollo ley 1955 del 25 de mayo de 2019, el ente territorial es quien debe responder y pagar con sus propios recursos la mora causada a partir del 01 de enero de 2020, por lo que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** debe ser desvinculado por carecer de responsabilidad por la falta de legitimación en la causa por pasiva.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, en el que se indica lo siguiente:

“El parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” estableció lo siguiente:

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*



La educación
es de todos

Mineducación



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

Parágrafo transitorio. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. (...) (subrayado fuera del texto original)."*

POSTURA QUE ADQUIERE MAYOR FIRMEZA, DADO EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 1955 DE 2019 "POR EL CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022 PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD.", EL CUAL CONTEMPLA:

"Artículo 57. 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**



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

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.”

Así las cosas, en el presente caso su señoría, si bien la demandante radicó la solicitud de su prestación se evidencia que la entidad territorial superó con creces el término de 15 días hábiles que le otorga la Ley para proferir el acto administrativo, por lo que se insiste, se hace necesaria su vinculación al presente proceso.

En el caso concreto, encuentra esta parte que, de la revisión de la situación fáctica, el ejercicio de imputación jurídica y el material probatorio allegado por la parte demandante, se infiere con certeza que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR** en su calidad de ente territorial responsable del pago de la sanción por mora, ello si se considera que:

- Por medio 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”, se dispuso a través del parágrafo de su artículo 57 que:

“La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

- La promulgación de dicha norma supone el cambio de paradigma respecto de i) La entidad tradicionalmente encargada de soportar el pago de la sanción por la mora en el pago de las cesantías, ii) el origen de los recursos con los que se asume el pago de dichas sanciones y, iii) la necesidad vinculación del ente territorial al trámite de los procesos judiciales que versen respecto del reconocimiento, liquidación y pago de sanción por mora en el pago de las cesantías, ello en aras de garantizar su derecho de defensa y contradicción de la entidad, misma que eventualmente podría ver comprometidos sus intereses bajo la luz de la disposición normativa en cita.
- En suma, siendo la entidad territorial quien profiere el acto administrativo y sobre el cual se ejerce el presente medio de control, debe hacer parte dentro del contradictorio con el objeto de informar el trámite dado a la solicitud de reconocimiento de las cesantías e indicar el pro-



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

cedimiento interadministrativo surtido con el objeto de esclarecer si tuvo incidencia en el retardo para el pago de la prestación solicitada por la parte demandante y en consecuencia sea condenado el ente territorial por incumplir el término indicado en la ley al no expedir y notificar el acto administrativo dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la solicitud de reconocimiento de las cesantías, máxime cuando tiene interés en las resultados del proceso al expedir el acto administrativo por fuera de término

Finalmente debe decirse que, a la norma en cita el legislador le otorgó efectos **RETROSPECTIVOS**, ello si se considera que, el Parágrafo Transitorio del artículo 57, determinó un regla de aplicación e interpretación con tales efectos, de tal suerte que bajo el principio de Unidad Normativa, dichos efectos son predicables de la totalidad de la norma referida, no siendo dable justificar la improcedencia de la excepción con el argumento que la causación de la mora de la cual se pretende reconocimiento, lo fue con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

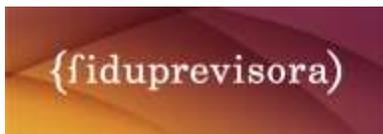
- **CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019:**

Señor juez, en caso de declarar nulo el acto administrativo demandado, solicito respetuosamente tenga en cuenta que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaria de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

Así pues, en caso de una eventual condena es ella la llamada a responder, conforme la Ley 1955 de 2019, artículo 57 parágrafo 1°.

En el presente caso debe señalarse que la referida norma señaló *in extenso*:

“Artículo 57. 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



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

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. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En principio la Secretaría, señalará que se ciñó al procedimiento enmarcado en los artículos 2,3,4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 que reglamentó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 indicando 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 debiéndose aplicar los términos establecidos en la ley y no en el decreto reglamentario:

“(...) 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 y 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 después de quedar ejecutoriado el ente pagador dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes ponga los recursos a disposición del peticionario y no haberse tomado el término en el decreto 2831 de 2005, en tanto que los términos señalados en ambas normativas son contradictorios, teniéndose que aplicar la regla de mayor jerarquía, esto es la ley por encima de los reglamentos.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

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, situación que a la luz del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, son de única responsabilidad de dicha entidad siendo necesario su condena proporcional en la sentencia que ponga fin al litigio.

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

La condena en costas se encuentra regulada en el artículo 188 de la Ley 1437, que en su tenor literal dispone:

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

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

Ahora, descendiendo a la norma procesal aplicable el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

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

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

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

Por otro lado, vale la pena resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, motivo por el cual se hace inescindible desvirtuar la buena fe de la entidad.

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:



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

En cuanto a las costas¹¹, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

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

Bajo este contexto, es claro que la condena en costas no es objetiva, sino que es deber del juez atender al principio de buena fe del que goza la entidad respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, que desvirtúa la presunción de buena fe, por lo que no procede tal condena.

EXCEPCIONES

- **RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL.**

Se propone como medio exceptivo, teniendo en cuenta que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afilados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales - Secretarías de Educación certificadas al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

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

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

COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA CAUSADA EN EL AÑO 2020 ANTE EL FOMAG

Es necesario su señoría que se remita al párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, toda vez que en el caso concreto el pago de la sanción moratoria le corresponde al ente territorial; 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.

Parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, en el que se indica lo siguiente:

“El párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” estableció lo siguiente:

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.*

Parágrafo transitorio. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, fáultese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG*



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo. (...) (subrayado fuera del texto original).”

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA EN EL 2020 POR PARTE DEL FOMAG

Respecto de la entidad que represento, únicamente cancelaría la sanción respecto del año 2019, esto teniendo en cuenta el párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020.

Dentro de esta litis, la mora se causó a partir del día 08 de febrero de 2020 y el pago de las cesantías se generó el día 12 de agosto del 2020, reiterando los argumentos del **PLAN NACIONAL DE DESARROLLO** – Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, solo será responsable de las sanciones moratorias causadas hasta el 31 de diciembre de 2019, en este caso la entidad que represento, no es la llamada a ser condenada y a responder por esta sanción moratoria.

Por lo anterior, el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, debe ser desvinculado del proceso por carecer de responsabilidad.

Proceso	2021-288
Fecha petición cesantías	27 noviembre 2019
Respuesta (15 días)	18 diciembre 2019
Ejecutoria (10 días)	02 enero 2020
70 días hábiles	05 marzo 2020
Mora a partir de	6 marzo 2020
Fecha de pago	27 noviembre 2020
Días de mora	266

Atendiendo a lo dispuesto en la ley del plan nacional de desarrollo, Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, en su artículo 57, el reconocimiento y pago de la citada sanción mora, que está a cargo del ente territorial, el cual es, para el presente caso, la secretaria de Educación del Departamento de Bolívar. Puesto que la resolución que reconoció las cesantías al demandante docente fue expedida por fuera del tiempo, actuación imputable únicamente al ente territorial, no al FOMAG.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

Ahora, debe darse primacía a lo dispuesto en el plan Nacional de Desarrollo, toda vez que este se da en el marco de la ley del plan, Ley 152 de 1994, a su vez contenido dentro de la Constitución política de Colombia de 1991 en su artículo 339 del Título XII: "Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública", Capítulo II: "De los planes de desarrollo". Bajo este entendido las disposiciones respecto a presupuesto, inversiones públicas y recursos públicos, están bajo el imperio de lo dispuesto por el PND, y toda otra norma de carácter general o específica que pueda entrar a reñir con este debe ceder ante el mismo y entrar a ser armonizada con este, es decir, ser interpretada a la luz de lo dispuesto por el PND.

Por lo tanto, nos encontramos en un escenario donde la ley 91 de 1989, y la ley 1071 de 2006, cobijan a los docentes para que se les reconozca y pague la sanción mora, pero por otro lado tenemos lo dispuesto por la ley 1955 de 2019, donde se especifica prohibición de carácter legal, a que los dineros del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio sean destinados a otra cosa diferente al pago de las prestaciones económicas, legales, reconocidas por parte de los entes nominadores, es decir, las secretarías de educación.

Esta controversia, o antinomia aparente más bien, es solucionada en favor de lo dispuesto por parte del Plan Nacional de Desarrollo. Puesto que, al ser el FOMAG una fiducia, es decir, un patrimonio autónomo sin personería jurídica, sin capacidad para actuar por su cuenta, ni de expedir actos administrativos propios, es solamente un rubro de recursos estatales con una destinación de carácter legal, bajo el principio de legalidad presupuestal, y sostenibilidad fiscal que le obligan a solo poder efectuar desembolsos, mediante su administradora FIDUPREVISORA S.A, cuando los entes que si tienen personería jurídica y capacidad para actuar, como lo son las entidades territoriales, emitan acto administrativo reconociendo el derecho y ordenando el pago de los mismos, por lo cual queda cobijado por el PND.

En resumen, al ser el FOMAG un patrimonio autónomo, sin personería jurídica, con dineros estatales se encuentra es plenamente regulado por lo dispuesto en el Título XII del Régimen Económico, y por lo tanto, las disposiciones expuestas por la ley del PND actual, ley 1955 de 2019, deben ser acatadas con primacía frente a cualquier otra disposición, y toda vez que la mencionada ley ha prohibido en su artículo 57 de forma expresa el uso de los recursos del fondo para otra cosa que no sean las prestaciones sociales ordinarias y legales de los docentes. Por lo tanto, no puede vincularse a este, el FOMAG, en el presente proceso.

IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN

En este estado no hace falta hacer mayor disertación sobre el tema debido a que lo relativo a la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada al momento, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación. Preciso algunas reglas sobre el salario



La educación
es de todos

Mineducación



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora. Indicó que esta última se trata de una multa que se “consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago”. Es decir, se trata de una “sanción o penalidad” que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza. No se trata, entonces, de un derecho laboral:

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

Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.”

Sobre el particular, queda suficientemente claro que en este evento no procede la indexación tal como lo pretende el libelo demandatorio.



El emprendimiento
es de todos

Minihacienda



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

COMPENSACIÓN

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

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Al respecto, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que oblige 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, afirmo que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó 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, determino que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos 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.

SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE OFICIO

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

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

La unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018¹, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de

¹ Sentencia SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

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

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

Y que con la expedición de la Ley 1071 de 2006³, que consagró las circunstancias en que los empleados se encontraban facultados para solicitar el retiro parcial de sus cesantías⁴, al respecto la exposición de motivos de la ley estableció:

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

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

² Sentencia de Unificación SUJ-012-52 del Consejo de Estado.

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

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



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

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

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

La ley 91 de 1989, Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el régimen especial que regula lo concerniente a las cesantías del personal docente oficial, ello es así toda vez que la ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 **regulan el pago de las cesantías y la sanción moratoria por el pago tardío a los servidores públicos a nivel general**. Pues se observa, que de la lectura de la norma (ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006) no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG. Las disposiciones citadas desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento oportuno de las cesantías de los servidores públicos, sin especificar en su articulado si dentro de estos últimos se entienden comprendidos los docentes del sector oficial.

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

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

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



La educación
es de todos

Mineducación



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

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

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

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

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

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



El emprendimiento
es de todos

Minciancienda



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

El párrafo primero del **artículo 57 de la ley 1955 de 2019** se refirió a la mora del ente territorial respecto de la expedición del acto administrativo por medio del que se reconoce la prestación social deprecada por el docente, en el siguiente sentido:

“Párrafo. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.**” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

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

*“Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. **No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**”* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así mismo el esto indica el Párrafo Transitorio de la Ley:

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

PRUEBAS Y PETICIONES

1. Solicito se tengan con pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.
2. Desvincular del proceso al FOMAG por falta de legitimización en el proceso.
3. Condenar en costas a la parte demandante.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181055761**
Fecha: **11-05-2022**

ANEXOS

Poder conferido a mi favor, conferido por el Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos quien obra como apoderado general de la entidad según la escritura No. 1230 de fecha 19 de septiembre de 2019.

NOTIFICACIONES

El **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO**, las recibirá en el correo exclusivamente para notificaciones judiciales: notjudicial1@fiduprevisora.com.co; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

La suscrita en el correo electrónico t_pacuna@fiduprevisora.com.co; celular 300-2399037.

Cordialmente,

PAMELA ACUÑA PÉREZ
CC. No. 32.938.289 de Cartagena.
T.P. No. 205.820 del C.S. de la J.