



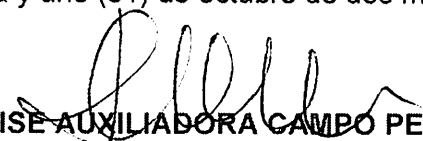
TRASLADO DE EXCEPCIONES

Artículo 175 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011

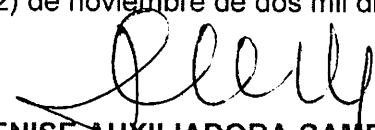
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13001-33-33-012-2018-00023-00
Demandante	Betty De La Rosa Paternina.
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito de Cartagena – Secretaría de Educación Distrital

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la Secretaría del Juzgado Doce Administrativo de Cartagena, y en la página web de la Rama Judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018) siendo las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018), a las 8:00 a.m.


DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

VENCE TRASLADO: dos (02) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), a las 5:00 p.m.

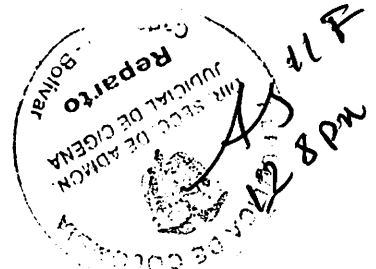

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

JUEZ

DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E.S.D.

24 AGO. 2018



59

REF.: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE **BETTY DE LA ROSA PATERNINA** CONTRA MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.
RADICADO: 2018-00023

FERNANDO LUNA SALAS, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, con domicilio y residencia en la ciudad de Cartagena de Indias, en ejercicio del poder que me fue conferido por el **Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias** y que adjunto al presente libelo, entidad territorial que aparece en calidad de demandada dentro del proceso de la referencia, por medio del presente me dirijo ante usted, dentro del término legal, con el fin de **CONTESTAR** la demanda, bajo los siguientes términos:

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

PRIMERO: Es cierto, toda vez que así se evidencia en la ley.

SEGUNDO: Es cierto, como fuera que la normatividad así lo expresa.

TERCERO: No me consta. Al no estar llamado como legitimado por causa pasiva a esta causa desconozco esa relación laboral, por consiguiente que se demuestre dentro del proceso.

CUARTO: No me consta. Al no estar llamado como legitimado por causa pasiva a esta causa desconozco esa relación laboral y el origen o la finalidad de la resolución.

QUINTO: Es cierto, según lo afirmado y demostrado en el plenario por la demandante.

SEXTO: No es una circunstancia fáctica, la demandante trae fundamentos jurídicos a este acápite.

SEPTIMO: No es una circunstancia fáctica, la demandante trae fundamentos jurisprudenciales a este acápite.

OCTAVO: No me consta. Al no estar llamado como legitimado por causa pasiva a esta causa desconozco esa relación laboral, por consiguiente que se demuestre dentro del proceso.

NOVENO: No me consta. Al no estar llamado como legitimado por causa pasiva a esta causa desconozco esa relación laboral.

FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS DE LA DEFENSA

En el presente caso se solicita la nulidad del **OFICIO 2017RE3329 DEL 04 DE SEPTIEMBRE DE 2017**, frente a la petición presentada el día 29 de agosto de 2017, en cuanto negó a pagar la **SANCIÓN POR MORA** a la demandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, sin embargo, no existen causales que afecten la legalidad del acto acusado, toda vez que fue expedido conforme a derecho, salvaguardando el orden nacional y goza de absoluta legalidad por emitirse de acuerdo a la legalización vigente y con el lleno de los requisitos formales, por ende, difiero del criterio de la parte actora por lo siguiente:

El oficio acusado no desconoció factores salariales al liquidar la pensión de la señora DE LA ROSA PATERNINA, ni mucho menos existe una sanción por mora en relación con sus cesantías.

De conformidad con la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el Decreto reglamentario 2831 de 2005 y demás normas concordantes y reglamentarias, FIDUPREVISORA S.A., como entidad administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es la encargada del pago de las prestaciones económicas de los funcionarios afiliados a dicho Fondo.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, les corresponde la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero el pago de las prestaciones corresponde exclusivamente a FIDUPREVISORA S.A.

Así las cosas, no es posible que se acceda a la pretensión de reconocimiento y pago de sanción moratoria, toda vez que LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN, A TRAVÉS DEL ÁREA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS REALIZÓ OPORTUNAMENTE EL TRÁMITE DE CESANTÍAS PARCIALES como consta en el expediente contentivo de la prestación que da cuenta que la solicitud se radicó en Fiduprevisora S.A.

La Secretaría de Educación Distrital actuó conforme con las disposiciones legales en cuanto a la gestión de su competencia, suscribiendo el acto administrativo que reconoce y ordena el pago de la prestación económica y remitiendo la orden para su pago por parte de Fiduprevisora S.A. dentro de su

término legal, como consta en el expediente contentivo del trámite de la prestación.

En este sentido no fue una actitud caprichosa de la SED, ni de mala fe.

Respecto el reconocimiento y pago de la sanción moratoria no es de carácter automático por parte del empleador basado en el principio de la buena fe que se presume a favor de este.

Cabe destacar que en sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA, frente a la exoneración de responsabilidad al pago de la sanción moratoria indica:

“... SANCIÓN MORATORIA PREVISTA EN LA LEY 244 DE 1995 – Por su naturaleza resulta viable la exoneración de responsabilidad cuando se encuentre una razón que justifique la actuación de la entidad.

TESIS:

*Además no puede olvidarse que por tratarse de una sanción, también resulta viable la exoneración de responsabilidad cuando se encuentre una razón que justifique la actuación de la Entidad, tal y como se recordó en el pronunciamiento de 10 de febrero de 2011 ya citado, cuando se advirtió: “...No trae consigo la norma ninguna excepción a la aplicación de la sanción, lo que quiere decir, que si no se pagó dentro del término estipulado para ello, la sanción se aplica; empero, de un análisis hermenéutico puede deducirse, que al ubicarse dentro del mapa legislativo como una sanción, **solo podrá exonerarse la entidad incumplida por una razón que justifique su actuación...**”.*

De igual forma existe pronunciamiento por parte de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la indemnización moratoria y el reconocimiento de la misma, indicando lo siguiente:

“... Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No 3224 de 2008, estableció:

“...la condena al pago de indemnización moratoria no puede imponerse de manera fatal o automática, cuando quiera que se presente un retardo patronal en satisfacer créditos laborales, porque esa mora puede obedecer a hechos o circunstancia perfectamente justificables...”

“... aquella no operaba en forma automática ni inexorable, sino que era necesario que apareciera que el patrono hubiera obrado de mala fe al no pagar al trabajador, a la terminación del contrato, lo correspondiente por salarios y prestaciones...”

Por otro lado, el acto administrativo discutido goza de plena legalidad pues se llevó a cabo dentro los factores salariales de acuerdo con la normatividad

vigente, obedece a lo dispuesto el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, así como, Ley 91 de 1999, Ley 71 de 1988, Ley 33 de 1985, Decreto 1848 de 1960, Decreto 3135 de 1968, aplicable al caso en concreto.

- **El Distrito Turístico y Cultural Cartagena de Indias – Secretaria de Educación Distrital no debe ser parte dentro del presente proceso.**

Es totalmente reconocido por el actor que la competencia para el reconocimiento de su pensión de jubilación la tiene la Nación - Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, en consecuencia la reliquidación de la misma por factores salariales goza de la misma competencia bajo el siguiente sentido:

El FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FNPSM) fue creado por la ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería Jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta. Tiene como finalidad primordial la eficaz administración de los recursos de la cuenta especial de la nación.

En cuanto a la Pensión Ordinaria de Jubilación – Nacional se tiene las siguientes precisiones para su reconocimiento:

- **Derecho:** lo tiene en forma vitalicia todo docente una vez cumplidos los requisitos para su exigibilidad, es decir el cumplimiento de la edad y el tiempo de servicio para hacerse acreedor de la misma.
- **Status:** Fecha de cumplimiento de los dos requisitos: Edad y Tiempo de servicio. El tiempo de servicios para todos los afiliados es de veinte años continuos discontinuos de servicio oficial. Se toman años de 360 días.
- **Edad:** 55 años de edad hombres y mujeres. 50 años de edad para las mujeres que cumplan el requisito establecido en la Ley 33/85, es decir haber laborado durante 15 años de servicio o más, continuos o discontinuos a fecha 29 de enero de 1985.
- **Valor de la Mesada:** el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la fecha de status. Esto hasta antes de la vigencia del decreto 3752/03, con posterioridad al mismo se liquida únicamente con sobresueldos nacionales y horas extras si sobre estos aportara.
- **Normas aplicables:** Ley 91 de 1989, Ley 71 de 1988, Ley 33 de 1985, Decreto 1848 de 1969, Decreto 3135 de 1969, Decreto 3752 del 2003

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagara el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces, es decir que esta gestión obedece a las secretarías de educación distrital de Cartagena en el caso en concreto, lo que permite concluir que la secretaria de Educación Distrital es un simple operador administrativo.

EXEPCIONES

Propongo como excepciones las siguientes:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

En el caso remoto en que prosperen las pretensiones de la demanda, el Distrito Turístico y Cultural Cartagena de Indias no tendrían que asumir ninguna responsabilidad respecto al pago, ya que la secretaria de Educación Distrital de Cartagena de Indias, solo tiene a cargo la gestión de la atención de solicitudes relacionados con las prestaciones sociales, su pago está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según se contempla en el artículo 3 del decreto 2831 de 2005:

“Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo”

En este sentido cabe advertir que el Distrito de Cartagena a través de la secretaría de educación es un mero operador administrativo, que proyecta los actos administrativos relativos a las prestaciones económicas a cargo del fondo para el visto bueno de la entidad fiduciaria encargada de su manejo y administración, bajo las directrices y parámetros del Ministerio de Educación Nacional, en consecuencia no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda respecto a este ente territorial.

Si bien el acto administrativo que reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia a la demandante fue expedido por la Secretaría de Educación Distrital, lo cierto es que lo hizo en nombre y representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 91 de 1989, el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Lo dicho indica que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la mencionada pensión no es la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, sino el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tanto es así que en el encabezado de la Resolución No. 1938 del 19 de agosto de 2009, el Secretario de Educación Distrital “actúa en nombre y representación de la Nación, en

ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el Decreto 2831 de 2005 y demás normas”, y en el acto que reconoce el derecho se indica que el pago lo realiza la Fidupervisora S.A. quien administra los dineros del Fondo demandado.

Por lo anterior el Distrito de Cartagena – Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimado en la causa por pasiva y el estudio de los requisitos para la admisión solo se deberá hacer frente a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. EXPEDICION REGULAR DEL ACTO ACUSADO.

La secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, expidió los actos acusados, conforme a las disposiciones normativas vigentes, por lo que el acto acusado no viola las disposiciones invocadas por el actor, gozando de legalidad la misma.

3. PRESCRIPCIÓN.

Se propone la prescripción como medio exceptivo del derecho reclamado; pues aun cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que hayan reconocido prestaciones periódicas pueden intentarse en cualquier tiempo, debe tenerse en cuenta que la prescripción opera frente al derecho de reclamar mesadas no pagadas o reajuste de las mismas por estar sometidas al termino de prescripción de tres años consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 23 de abril de 1998, en relación con la prescripción de las mesadas pensionales, manifestó que solo era posible reconocerla desde tres años atrás a la fecha en que se solicitó, por cuanto conforme al ordenamiento jurídico, no es válido reconocerle las mesadas anteriores a esa fecha, en razón a la prescripción trienal.

EXCEPCIONES INNOMINADAS.

Solicito que declare cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con el artículo 306 del CPACA y lo normado en el artículo 282 del CGP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamentos de derecho:

-Ley 91 de 1989, Ley 71 de 1988, Ley 33 de 1985, Decreto 1848 de 1969, Decreto 3115 de 1968, Decreto 3752 del 2003, Ley 1437 de 2011 Artículos 161, 172,199.

Demás concordantes sobre la materia.

PRUEBAS Y ANEXOS.

1. Poder para actuar.
2. Copia del Decreto Distrital No. 0567 del 18 de mayo de 2018.
3. Copia del acta de diligencia de posesión de fecha 21 de mayo de 2018.
4. Las que se evidencian en el plenario.

NOTIFICACIONES

La entidad accionada y el suscrito en las instalaciones de la Alcaldía Distrital de Cartagena en Centro Plaza de la Aduana, Palacio Municipal, Oficina Asesora Jurídica o mi correo electrónico: flsjuridica@gmail.com

Atentamente,



FERNANDO LUNA SALAS
C.C 1.047.386.783 de Cartagena
T.P 213844 del C. S de la J.



Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias
Distrito Turístico y Cultural

967

SEÑORES:
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
 E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
 RADICADO: 13001-33-33-012-2018-00023-00
 DEMANDANTE: BETTY DE LA ROSA PATERNINA
 DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DISTRITO DE CARTAGENA -SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

Handwritten signature and date: 10/25

MARINA ISABEL CABRERA DE LEÓN, mayor de edad, con domicilio y residencia en esta ciudad, identificado con la CC. N° 30762062 de Cartagena, en mi calidad de JEFE OFICINA ASESORA JURIDICA DEL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, en ejercicio de las facultades que me confiere el Decreto 0228 de 2009 ratificado mediante decreto 0715 del 12 de mayo de 2017, por medio de este escrito otorgo poder, especial, amplio y suficiente al Doctor FERNANDO LUNA SALAS, abogado en ejercicio, identificada con la CC. No.1.047.386.783 expedida en Cartagena y Tarjeta Profesional No. 213.844 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que represente al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, en el proceso de la referencia.

El apoderado está facultado para interponer toda clase de recursos, notificarse de todas las providencias, asistir a la audiencia de conciliación, aportar, solicitar pruebas y en general, ejercer todas las atribuciones incitas de este mandato en defensa de los derechos e intereses del Distrito de Cartagena de Indias.

Al apoderado le queda expresamente prohibido sustituir el presente poder. En caso de que haya lugar a conciliación o transacción, estas deberán someterse previamente a la aprobación del Comité de Conciliación.

Respetuosamente,

Handwritten signature of Marina Isabel Cabrera de León
MARINA ISABEL CABRERA DE LEÓN
 Jefe Oficina Asesora Jurídica

Acepto,


Handwritten signature of Fernando Luna Salas
FERNANDO LUNA SALAS
 C.C. No. 1.047.386.783 de Cartagena
 T.P. No. 213.844 del C. S. de la J.

Proyectó: Katherine Abdala

Notaría Segunda del Círculo de Cartagena
Diligencia de Presentación Personal

Ante la suscrita Notaría Segunda del Círculo de Cartagena fue presentado personalmente este documento por:

MARINA ISABEL CABRERA DE LEON
 Identificado con C.C. 30762062
 Cartagena:2018-06-19 09:47

- bethzayda  -1933439720

Para verificar sus datos de autenticación ingrese a la página Web www.notaria2cartagena.com en el link <EN LINEA> ingrese el número abajo del código de barras.



DECRETO No. 0567
"Por el cual se hace un encargo"

18 MAY 2018

EL ALCALDE MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T y C
En uso de sus facultades constitucionales y legales y

DECRETA

ARTICULO PRIMERO. - Encárguese de las funciones de Jefe Oficina Asesora Código 115 Grado 59 en la Oficina Asesora Juridica a la doctora **MARINA CABRERA DE LEON**, identificada con cedula de ciudadanía No 30 762 062 quien desempeña el cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 45 en la misma dependencia sin separarse de las funciones propias de su empleo, mientras se provee el cargo

ARTICULO SEGUNDO. - Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Cartagena de Indias, a los 18 MAY 2018

Antonio Guerra
ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA
Alcalde Mayor de Cartagena de Indias D.T y C.

Vo.Bo.

CHRISTIAN HERAZO MIRANDA
Director Administrativo de Talento Humano

Reviso: Consejo Gaitan de Medellín - Asesor externo
Proyecto: Ira.



NIT. 890.480.184-4

ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

NIT. 890480184-4

DILEGENCIA DE POSESION No. _____

En Cartagena de Indias D.T. y C., a los 21 días del mes Mayo de 2018

Compareció ante el Despacho del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C., el (a) señor (a) Mama Cabrera de Leon.

Con el objeto de tomar posesión del cargo Jefe oficina Asesora
Código 115 Grado 59 en la oficina
Asesora jurídica

Para el que fue nombrado Eucargo mediante
Resolución No. _____ de fecha _____ Decreto No. 0567
De fecha Mayo 18/18

Proferido por _____
Libreta militar No. _____ expedida en el Distrito No. _____
Cedula de Ciudadanía No. 30.762.062 expedida en Cartagena

El posesionado presto el debido juramento legal ante el Despacho del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C., y prometió bajo su gravedad cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes y funciones que el cargo impone.

Para constancia se firma la presente diligencia.

[Signature]
Alcalde Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C.

[Signature]
EL POSESIONADO

Cartagena de Indias, Plaza de la Aduana, Piso 1
Teléfono 6501092 Ext. 1163-1160

Ese documento es propiedad de la Alcaldía de Cartagena de Indias D.T y C. Prohibida su Reproducción
Por cualquier medio, sin Autorización Escrita del Representante legal de la Entidad.

M 69

EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
CERTIFICA QUE:

La Nación - Ministerio de Educación Nacional no tiene competencia para allegar el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso que se relaciona a continuación y que es exigido en el parágrafo 1 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DESPACHO: JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO CARTAGENA
No. DE PROCESO: 13001 33 33 012 2018 00023 00
DEMANDANTE: BETTY DE LA ROSA PATERNINA

Los expedientes administrativos relacionados con el personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales reposan en los archivos de las Secretarías de Educación de la entidad territorial certificada a la que pertenece o ha pertenecido el solicitante o causahabiente.

El Capítulo II del Decreto 2831 de agosto 16 de 2005 por el cual se estableció el trámite para reconocimiento de prestaciones a cargo del citado Fondo, dispone:

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

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

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, **la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas,** o la dependencia que haga sus veces.

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

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.**
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.**
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.**
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicione o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.**



18 SET. 2018

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

Parágrafo 1º. **Igual trámite se surtirá para resolver los recursos** que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan **adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

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

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

Artículo 5º. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser **suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.**" (subrayado y resaltado fuera de texto)

En el trámite legal descrito, no se vislumbra intervención alguna del Ministerio de Educación Nacional ni de sus servidores, puesto que desde la expedición de la Ley 962 de julio 8 de 2005 ya se habían suprimido las funciones que ejercían los Representantes del Ministro de Educación Nacional ante las entidades territoriales, dejando de participar en las juntas departamentales y distritales de educación y en el reconocimiento de prestaciones sociales con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La competencia para los reconocimientos de prestaciones sociales, contratación de servicios médicos y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por mandato legal no corresponden a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y por tanto, **la documentación que pueda conformar los expedientes administrativos relacionados tampoco está bajo la custodia de este Ministerio ni reposa en nuestros archivos,** lo que representa una imposibilidad material de aportar el mismo a los trámites judiciales que se adelantan ante cualquier jurisdicción.

Se expide en Bogotá, D.C., a los Diez (10) días del mes de agosto del año 2018.

Mª Isabel Hernández P.

MARIA ISABEL HERNANDEZ PABON
Coordinadora
Oficina Asesora Jurídica



E 14-10-18 71
V 15-09-18
1/14



19 OCT. 2018

SEÑOR JUEZ

LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: BETTY DE LA ROSA PATERNINA
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
RADICACION: 13-001-33-33-012-2018-00023-00

SILVIA MARGARITA RUGELES RODRIGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.360.082, Abogada en ejercicio, con tarjeta profesional No. 87.982 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderada especial de LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tal y como consta en el poder que adjunto por lo cual solicito que se me reconozca personería jurídica, respetuosamente me permito presentar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en el proceso de la referencia, atendiendo los argumentos jurídicos que enseguida expondremos:

I. EXPOSICIÓN SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos que motivaron la presentación de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la cual hoy se descurre el traslado de rigor, se circunscriben a que se declare la nulidad del acto ficto, mediante el cual se negó el derecho a reconocer y pagar los intereses por mora por el no pago oportuno de las cesantías del actor.

Ahora bien, sobre los supuestos fácticos señalados por el demandante me permito manifestar lo siguiente:

A los hechos No. 1 y 2, 6 y 7. No son hechos, corresponden a señalamientos normativos.

A los hechos No. 3 al 5, 8 y 9. No los afirmo ni los niego, me atengo a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.



II. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA.

Revisada la demanda, se considera que es menester tomar en cuenta la pretensión del accionante, no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral como se expondrá a continuación.

En primer lugar, las prestaciones sociales de los docentes están a cargo del Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio, como se consagra en sus objetivos:

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

En cuanto al trámite de reconocimiento tenemos que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto Nacional 2831 de 2005, dispone:

“racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las prestaciones sociales que pague el Fondo 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 se encuentra vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”

El artículo 2, del decreto 2831 del 2005, por su parte, establece respecto de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, lo siguiente:

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

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

En este orden de ideas, vemos que el Fondo Nacional de Prestaciones sociales es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo, se diseñó un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y trámite de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del Fondo, y pagar las prestaciones sociales.

Así pues, se destaca que la entidad fiduciaria para el caso en cuestión es FIDUPREVISORA S.A, la cual entonces es quien administra los recursos del Fondo de prestaciones sociales.



Cabe señalar, que la fiduciaria LA FIDUPREVISORA S.A. procede con los pagos prestacionales, luego de contar con el Acto Administrativo emitido por la secretaria de Educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente; conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues es de tener en cuenta que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

De acuerdo a esto, el pago se realizara cuando exista la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo directivo del Fondo atendiendo la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, en la que se manifestó: "el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan."

Así mismo, es importante recordar que los actos administrativos llevan inherente una condición suspensiva, que, para el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la disponibilidad presupuestal con la que cuente según los recursos provenientes de Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y esta sujeción, es la que precisamente influye el pago tardío que aduce el actor, en cuanto al pago de las prestaciones sociales.

En este punto, es pertinente destacar el pronunciamiento de la Corte Constitucional sentencia T-293 de 1996, respecto del tema en referencia:

"... debe respetarse el orden de las solicitudes de pago y tener en cuenta la disponibilidad presupuestal."

El concepto anteriormente expuesto, es reiterado y complementado en las sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998, cuando al referirse al fin último de respetar el orden de las solicitudes se busca:

"... que el pronunciamiento del juez de amparo no vulnere los derechos de otros educadores que, encontrándose en las mismas circunstancias, se someten al turno asignado por las entidades competentes siguiendo el orden de llegada de las solicitudes"

A partir de lo anterior, se deduce, que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquel producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo con el principio de igualdad.

En consecuencia, es completamente trascendental sostener que la disponibilidad presupuestal para esta Fiduciaria como ente eminentemente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo con el estricto turno de radicación. Por lo tanto, no puede endilgarse una negligencia por parte de mi defendida debido a que el



reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, que se llevó a cabo adecuadamente, y en atención del principio de igualdad.

Por otro lado, es importante señalar que el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; resaltando que conforme al artículo 3 de la Ley 91 de 1989, las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga en FOMAG será efectuado a través de las secretarías de educación y es la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo quien deberá llevar a cabo el respectivo pago, por lo que no existe responsabilidad por parte del Ministerio de Educación ya que de acuerdo a lo anterior no es la encargada de reconocer y tramitar la solicitud elevada por la accionante.

Siendo del caso hay que mencionar que las solicitudes de reconocimiento deberán ser radicadas en la secretaría de educación o la dependencia que haga sus veces puesto que conforme a lo establecido en la Ley 60 de 1993, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad como ente nominador y esa facultad fue otorgada a los departamentos, distritos y municipios correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los gobernadores y alcaldes.

En el caso de las cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales, estas también se incluyen dentro del decreto 2831 de 2005, y por tanto no están cobijadas por las demás normas respecto al tema.

Al respecto, el Tribunal administrativo de Antioquia, M.P. Gonzalo Zambrano Velandia, en sentencia de 9 de mayo de 2014, del proceso con radicado 2012-168, expreso que:

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

Más adelante, también expresó:

“(…) Sea que se esté ante el régimen retroactivo de cesantías aplicable a los docentes nacionalizados o ante el régimen de liquidación anual aplicable para los docentes nacionales y para los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, siempre será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada de la liquidación y pago del auxilio de cesantía, motivo por el cual los docentes afiliados al citado fondo se encuentran exceptuados del régimen fijado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la Ley 344 de 1996, norma esta que le impone al



empleador la obligación de liquidar definitivamente dicha prestación al 31 de diciembre de cada anualidad, sin perjuicio de la que deba realizarse en fecha anterior por terminación de la relación laboral, de reconocer los intereses legales a que haya lugar, y a consignar antes del 15 de febrero de cada anualidad, en el fondo que el empleado elija, el valor del auxilio de cesantía, siendo que al empleador que incumpla dicho plazo deberá pagar un día de salario por cada día de retardo; pues como ya se dijo, conforme se estipula en la Ley 91 de 1989, el citado Fondo no tiene la obligación legal de consignar el auxilio de cesantía del docente afiliado a un determinado fondo en un periodo determinado.”

Así las cosas, para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye entonces el procedimiento especial aplicable, de lo que se precisa que *“dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.”*¹

Ello se debe a que no es posible extender la aplicación de una sanción, que no está prevista en la norma que regula la prestación de cesantías del régimen de los docentes, puesto que *“en materia sancionatoria, al igual que en el derecho penal, opera el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecen sanciones o que fijan límites a los derechos se deben interpretar a la determinación literal de la conducta que se sanciona, quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva.”*²

Por todo lo anterior, se concluye que a la actora no le asiste derecho a sanción moratoria pretendida, siendo que en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno, y señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

Y en cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1769 del 24 de noviembre del 2014, establece en el artículo 89:

“Pago de cesantías del Magisterio. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG- por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada”

¹ Tribunal administrativo de Antioquia, M.P. Gonzalo Zambrano Velandia, en sentencia de 9 de mayo de 2014, del proceso con radicado 2012-168

² Ibidem.



Resulta oportuno traer a colación indicado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 439 de 2016³ sobre la prevalencia de las normas especiales sobre las disposiciones generales, al estudiar los conflictos entre disposiciones jurídicas, así:

“Asociado al ejercicio de la facultad derogatoria legislativa está el tema de las tensiones y conflictos interpretativos que surgen al interior del ordenamiento jurídico. La Corte ha tenido oportunidad de estudiar el punto, concretamente, en el aspecto relativo a los criterios y reglas que deben aplicarse para dar solución a las antinomias entre leyes, entendiendo por tal, la situación en que se encuentran dos disposiciones pertenecientes a un mismo sistema normativo que, concurriendo en los ámbitos temporal, espacial, personal y de validez, reconoce consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a determinado supuesto fáctico, resultado imposible su aplicación simultánea.

*Recientemente, en la Sentencia C-451 DE 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferior*); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat prior*); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se excepción de aquel que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.*

(...)

Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.

En relación con este último punto, la propia jurisprudencia constitucional ha destacado que el principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, sin que dicho principio tenga cabida entre normas de igual jerarquía, sin que dicho principio tenga cabida entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la

³ Sentencia del 17 de agosto de 2016. Expediente D-11213. Demandante: Milton José Pereira Blanco. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.



ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la constitución y la ley en general, pues en tales eventos es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior”

Aunado a lo anterior, no desconoce esta judicatura que ha existido pronunciamiento de la sección segunda del H. Consejo de Estado, en los que se han accedido a pretensiones en casos similares, pero teniendo en cuenta que no existe un crédito unánime del máximo Tribunal Contencioso Administrativo desarrollo a través de la línea jurisprudencial o sentencia de unificación, sobre la aplicación extensiva de la sanción moratoria a los docentes afiliados al fondo de Prestaciones sociales del Magisterio, por lo que el despacho mantiene su criterio, siguiendo el pronunciamiento del H. Consejo de Estado ⁴, en sentencia del 19 de enero de 2015, consejero ponente Gustavo Gómez Aran guren en el que se indicó lo siguiente:

“Como quedo visto en el marco jurídico expuesto, la normatividad especial que rige tal presentación para este tipo de docentes (nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989) no previo el reconocimiento de sanción moratoria alguna por el retardo en el pago de las cesantías; como tampoco lo hicieron las normas generales que regulan el régimen de liquidación retroactiva (Ley 6ª de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947).

Y ello encuentra su razón de ser en que el régimen de liquidación retroactiva de las cesantías, indudablemente, es mucho más favorable para el servidor público que el anualizado, desde el punto de vista de la cuantía de la prestación; razón por la que de alguna manera se justifica que el legislador no haya previsto el reconocimiento de sanción moratoria alguna.

Ahora bien, las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, estableció un procedimiento administrativo especial para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

Como se observa (i) se trata de un procedimiento administrativo especial exclusivamente aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (ii) que aplica el desarrollo de competencias compartidas entre diversas entidades, pues conlleva el despliegue de actividades y tramites tanto por parte de la secretaria de Educación de las entidades territoriales certificadas, como por la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, en este caso la Fiduciaria La Previsora S.A. y (iii) cuyos términos son diversos y más amplios que los previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los demás servidores públicos.

⁴ Sentencia del 19 de enero de 2015, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Radicación número 73001-23-33-000-2012-00226-01 (4400-13). Actor: GONZAGA TIMOTE AROCA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.



Atendiendo al principio de especialidad normativa, consagrado en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887⁵, no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes últimamente referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005) son diversos.

Vale decir, no es razonable exigir a las Secretarías de Educación en las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A. el cumplimiento de los términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes, por cuanto para tal efecto existen normas que contienen un procedimiento administrativo especial, con términos diversos y más extensos y en las cuales no se previó expresamente sanción moratoria alguna.

En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, tampoco es posible aplicar las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 del mismo año, para los efectos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y al mismo tiempo pretender el cobro de la sanción mora en la cancelación de dicha prestación con fundamento en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues, se reitera j, se trata de regímenes diversos , dirigidos a distintos destinatarios.

Finalmente debe la sala advertir que la Ley 1071 de 2006 no deroga el procedimiento administrativo especial previsto en el Decreto 2831 de 2005 para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no resulta válido afirmar que en el ámbito de aplicación señalado en el artículo 2º de aquella ley estén incluidos los docentes.”

Teniendo en cuenta el anterior, se concluye que la ley 91 de 1989 es una norma especial que prevalece sobre la ley general 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, así esta última sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta, el pago de las cesantías para los docentes, siendo este un marco normativo diferente al de los demás empleados y trabajadores del Estado.

Por último, es importante mencionar que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en providencia del 12 de mayo de 2016, radicado 2016 00919 y cuya Magistrada Ponente fue la Dra. Rocío Araujo Oñate, se hizo referencia respecto de la materia objeto de estudio “sanción por mora” por pago no oportuno de las cesantías determinando las siguientes consideraciones:

“(…) la Sala considera que las sentencias relacionadas⁶ no forman criterio unificado, ya

⁵ 1º) “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”

⁶ Sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado: del 30 de agosto de 2012, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 08001-23-31-000-2008-00369-01; y febrero 29 de 2013, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado No. 11001-03-15-000-2013-00138-00;

⁶ No se precisa la fecha de ingreso, de retiro, ni el tiempo laborado.



que si bien, algunos de estos pronunciamientos se refieren al reconocimiento y pago de la sanción por mora, proferidas en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por vía de tutela, la Sección Segunda de esta Corporación, también se ha referido al tema para negarlo, por tanto resulta evidente que el juez natural contrario a desconocer los criterios establecidos por el Consejo de Estado frente al tema, analizó varios fallos en este sentido y expuso las razones suficientes para fundamentar en debida forma su decisión⁷.

Por otra parte, se aclara que, en cuanto a la providencia referida dictada por el Tribunal, ésta no es precedente sino un criterio de interpretación y decisión frente a casos análogos.”

Y más adelante dijo que:

“En consecuencia, no se desconoció precedente judicial alguno, pues las decisiones objeto de censura no se apartaron de ningún tipo de interpretación vinculante de esta Corporación que fuera similar o análoga a su caso, sino que, por el contrario, fueron sustentadas suficiente, razonada y satisfactoriamente, al señalar que no era viable el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, porque no tenía respaldo normativo para ello.”

III. Al concepto de violación

El acto acusado no viola las disposiciones invocadas por la actora y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse. Las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, y no es posible incluirle sanciones fuera de su ámbito normativo. Además, el pago se encuentra sujeto al turno y la disponibilidad según lleguen las solicitudes, como se sustenta en las sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998; en el caso de configurarse mora que sea a partir del día sesenta y uno (61) reconocer intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.

No existió omisión, ni violación a derecho alguno en lo que expone el demandante, toda vez que a la docente se le pagó sus prestaciones sociales conforme a derecho.

IV. A las Pretensiones:

Me opongo a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad ya que la Nación - Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúan conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, razón por la cual la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006 por la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para trámite de las prestaciones económicas.

⁷ Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 28 de abril de 2016, .C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 11001-03-15-000-2016-00968-00



Frente a la solicitud de condenas para la Nación, Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, impetrada por el demandante, solicitamos respetuosamente al Señor Juez, se DENIEGUEN en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Con sustento en las CONSIDERACIONES, antecedentes y en consecuencia lógica de esto, no procede la imposición de las CONDENAS solicitadas por la actora.

En cuanto a las pruebas tanto solicitadas como aportadas ellas deberán apreciarse de conformidad y en cumplimiento con el artículo 176 del Código General del proceso que dispone:

“(...) Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos (...)”

Es preciso señalar, el concepto que ha establecido la ley a la sanción moratoria **“En virtud de la Ley 244 de 1995, las entidades empleadoras tienen la obligación de liquidar, reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado, para lo cual deberá expedir la resolución correspondiente y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, indicó la Sección Primera del Consejo de Estado”** esta prerrogativa se hizo extensiva para el sector docente, según sentencia de unificación del Consejo de Estado Sección Segunda, Radicado **73001-23-33000-2014-0058001 (4961-2015), del 18 de julio del 2018.** Todo esto en virtud, del principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional, se concluye así entonces que cuando exista un pago tardío de las cesantías, los docentes tienen el derecho a que les sea reconocido y pagada la indemnización moratoria.

Dentro del análisis realizado fue necesario tomar dos casos en particular para su verificación y análisis, de allí logramos concluir de forma general:

1. Los docentes oficiales por tratarse de servidores públicos le son aplicable la ley 244 del 1995, y sus normas complementarias en cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.
2. Cuando el acto administrativo que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de la ley, o no se profiere, la sanción moratoria corre setenta días después de radicada la solicitud de reconocimiento, el termino corresponde:
 - 2.1. Quince días para la expedición de la resolución.
 - 2.2. Diez días de ejecutoria del acto.
 - 2.3. Cuarenta y cinco días para efectuar el pago.



3. El acto administrativo que reconoce las cesantías debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez verificada la notificación, iniciara el computo del término de ejecutoria, pero si el acto no fue notificado para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el termino dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es cinco días para citar al peticionario a recibir la notificación, cinco días para esperar que comparezca, uno para entregar el aviso, y uno más para perfecciona el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador, como computables para sanción moratoria.
4. Respecto a los recursos, la ejecutoria correrá un día después de que se notifique el acto que la resuelva. Si el recurso no es resultado, los cuarenta y cinco días para el pago de la cesantía, correrán pasados quince días de interpuestos.
5. Tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en la que se produjo el retiro del docente; a diferencia de las cesantías parciales donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la acusación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.
6. Es importante señalar que en el tema de sanción moratoria es improcedente la indexación, lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el artículo 187 del CPACA "(...) Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor (...)".
7. En cuanto al termino de caducidad que no opera en caso donde se configure el silencio administrativo y se generan actos fictos o presuntos, establecido en el artículo 164 numeral 1 literal d) del CPACA "(...) *La demanda deberá ser presentada En cualquier tiempo, cuando: d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo (...)*". Este caso se presenta frecuentemente por no tener una respuesta por parte de la administración en cuanto a la solicitud del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas. Sobre este tema en particular el consejo de Estado se ha manifestado en reiteradas ocasiones, como en la sentencia de Unificación del consejo de Estado CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016, C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cueter, donde indica: "no puede exigirse un término para atacarlos ante esta Jurisdicción, precisamente porque no existe una decisión expresa que se les haya notificado para efectos de contabilizar el plazo general de caducidad (4 meses) ..."



V. EXCEPCIONES

- a) **Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma:** Se estructura este hecho por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamentamos nuestra posición.

El auxilio de cesantía del accionante ha sido liquidado con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos prestacionales del docente demandante. De igual manera, para el efecto, se han atendido las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición del acto administrativo de reconocimiento. Los derechos laborales de la docente, por lo tanto, se encuentran debidamente satisfechos.

El acto administrativo acusado no viola las disposiciones invocadas por la parte actora, por el contrario, está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse.

Es preciso recordar que las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, y no es posible incluirle sanciones moratorias que se encuentran previstas por fuera de su ámbito normativo⁸; además el pago de aquellas se encuentra sujeto a la disponibilidad presupuestal y el turno según el orden de presentación de las correspondientes solicitudes, en los términos de las sentencias de constitucionalidad C-314 de 1998 y C-552 de 1998.

No corresponde, entonces, ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida y, por lo tanto, tampoco existe obligación prestacional correlativa a cargo de la entidad demandada.

- b) **Pago.** Mi representado ha cancelado al demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, y el principio de igualdad.
- c) **Cobro de lo no debido.** Como quiera que no exista sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de la solicitud incoada por la parte activa, la demandada no podría ordenar el pago de esta, so pena de incurrir en pago de lo no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.
- d) **Compensación:** Sin que esta excepción implique reconocimiento de derecho alguno, solicitamos al Juzgador Contencioso Administrativo, en caso de ser procedente, que declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) a la parte demandante por concepto de prestaciones sociales.

⁸ Ver: Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de 17 de junio de 2014, Rad.: 2012-452-01, MP.: Fernando Alverez Morales. (Anexa a esta contestación)



- e) **Excepción genérica o innominada:** De acuerdo con lo estipulado en el artículo 282 del Código general del proceso⁹, aplicable en lo contencioso administrativo de conformidad con el artículo 187 de la ley 1437 de C.C.A¹⁰, cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.
- f) **Buena fe:** Se destaca la sentencia T-475 de 1992, de M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se expresa que:

"(...) La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("virbonus") ...La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción."

Se observa en el hecho de que mi representado ha actuado con la más absoluta buena fe tanto durante la recepción de los aportes del afiliado, al momento de la consolidación del derecho a favor del demandante y hasta la fecha por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de las normas pertinentes.

VI. PETICIÓN ESPECIAL

Respetuosamente solicito señor juez, se sirva vincular a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

VII. PRUEBAS

Solicito señor Juez, se decreten, practiquen y tengan como tales las siguientes:

Solicito certificación expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en el cual expresa que no tiene competencia para allegar el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que es exigido en el parágrafo 1 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁹ En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

¹⁰ En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada



VIII. ANEXOS

Poder con sus anexos el cual me ha sido conferido en legal forma por el Ministerio de Educación Nacional.

IX. NOTIFICACIONES

A los demandados Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones A los demandados Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional- CAN, en la ciudad de Bogotá D.C.

A la apoderada de la parte demandada en la Secretaría de su Despacho o en la Calle 71 No. 11 – 85 Bogotá D.C. y al email notificaciones17@silviarugelesabogados.com

Del señor Juez,

Atentamente,

SILVIA MARGARITA RUGELES RODRIGUEZ

C.C. No. 63.360.082

T.P. No. 87.982 del C. S. de la J.