



TRASLADO DE EXCEPCIONES

Artículo 175 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13001-33-33-012-2019-00215-00
Demandante	Nancy Avelina Jiménez Cárdenas
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito de Cartagena

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 término de tres (3) días, en un lugar visible de la página web de la Rama Judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy nueve (09) de noviembre de dos mil veinte (2020) siendo las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020), a las 8:00 a.m.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ

SECRETARIA

VENCE TRASLADO: doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020), a las 5:00 p.m.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ

SECRETARIA

De: Acuna Perez Pamela

Enviado: jueves, 25 de junio de 2020 1:09 p. m.

Para: Juzgado 12 Administrativo - Bolivar - Cartagena

Asunto: CONTESTACION_NANCY A. JIMENEZ CARDENAS_RAD. 2019-215.-

SEÑORES

**JUZGADO 012 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.-
E.S.D.**

ASUNTO:

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROCESO:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE:

NANCY AVELINA JIMENEZ CARDENAS

DEMANDADO:

**LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

RADICADO:

13-001-33-33-012-2019-00215-00

Cordialmente,

PAMELA ACUÑA PEREZ

Profesional 4

Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica

PBX: 6601796-97

Calle Larga No. 9A - 45 con Cj San Antonio Esquina

Cartagena, Colombia



La información contenida en este correo y sus anexos es confidencial y/o privada. Solo puede ser utilizada por la persona o empresa a la cual está dirigida. Si Usted no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este correo es prohibida y sancionada por la ley. Si por error recibe este correo, por favor reenviarlo al remitente de Fiduprevisora S.A. y/o elimine el mensaje original incluyendo sus archivos anexos. La respuesta a este correo con el envío de información personal, propia o de terceros, implica su aceptación inequívoca al eventual uso o

tratamiento de datos personales que realice Fiduprevisora S.A conforme a las finalidades contenidas en la política de protección de datos personales publicada en www.fiduprevisora.com.co, en la cual se detallan entre otros aspectos, los derechos que le asisten como titular de información para realizar consultas, peticiones o reclamos relacionados con el tratamiento de información por parte de Fiduprevisora S.A. Así mismo, podrá solicitar información relativa a protección de datos personales en los siguientes canales de atención: Dirección Calle 72 No. 10-03, Bogotá, Teléfono (1) 5945111 o al correo electrónico: protecciondedatos@fiduprevisora.com.co. “Defensoría del Consumidor Financiero – Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity de la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. Correo electrónico: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com, de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua”. Las funciones del Defensor del Consumidor son: dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de atención al público de la entidad. Asimismo, tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphome, por Play Store o por App Store. Fiduprevisora S.A. remite la información contenida en este mensaje de datos por considerar que es de su interés.



20201181881521

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20201181881521
Fecha: 25-06-2020

SEÑORES
JUZGADO 012 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.-
E.S.D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NANCY AVELINA JIMENEZ CARDENAS
DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICADO: 13-001-33-33-012-2019-00215-00

PAMELA ACUÑA PEREZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.938.289 de Cartagena, portadora de la tarjeta profesional No. 205.820 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada sustituta del Doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, mayor de edad identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá y con tarjeta profesional 250.292 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en virtud del poder conferido por parte del señor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.953.861 de Bogotá en ejercicio de la delegación efectuada a través de la Escritura Pública No. 1230 de fecha 11 de septiembre de 2019, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normatividad concordante, por medio del presente escrito procedo a presentar la contestación de la demanda formulada ante su honorable despacho por la Señora **NANCY AVELINA JIMENEZ CARDENAS**, dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: La creación del Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio tiene su asidero en la ley 91 de diciembre 29 de 1989, la cual mediante su artículo 3° impetro:

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

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA





base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

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

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

Ahora bien, tenemos pues que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, es una ficción jurídica, sin personería jurídica, es decir, una subcuenta del estado, de creación legal y por tanto, al carecer de personería jurídica, **NO ES SUJETO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES**, requiere un vocero, un administrador, y quien actúe por quien “jurídicamente”, no existe.

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

¹ Ley 91 de diciembre 29 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (**negritas fuera de texto**).





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

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

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

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

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

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

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

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

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”²

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

² Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234. Negritas fuera de texto





I. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones tanto a las declarativas como las de restablecimiento del derecho, también así como la condena en costas y agencias en derecho no están llamadas a prosperar.

II. EN CUANTO A LOS HECHOS

Se aceptan los hechos relacionados con el agotamiento de la actuación administrativa (Procedimiento Administrativo). Frente a los demás, la entidad se opone, toda vez que son objeto de debate.

AL PRIMERO: Aunque **NO ES UN HECHO**; **ES CIERTO:** Es la descripción de una norma del ordenamiento jurídico colombiano, la fuerza vinculante y los efectos de una norma jurídica válida, corresponden a las fuentes del derecho como ACTOS JURÍDICOS.

AL SEGUNDO: Aunque **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: Aunque **NO ES UN HECHO**; **ES CIERTO:** Es la enunciación de la norma atinente al pago de las cesantías parciales o definitivas a los servidores públicos.

AL SÉPTIMO: Tampoco es un hecho. Trae a colación una jurisprudencia relacionada con el objeto de la Litis.

AL OCTAVO: **ES PARCIALMENTE CIERTO**, Según la documentación anexa al libelo demandatorio, haciendo el cálculo serían 31 días.

AL NOVENO: **NO ME CONSTA**, me atengo a lo que se demuestre durante el proceso.

III. EXCEPCIONES

- **DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA:**

Tal como se explicó en los primeros incisos de la presente contestación, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica y administrado por entidad fiduciaria FIDUPREVISORA, ahora bien, para establecer si la sanción moratoria debe ser asumida por la entidad fiduciaria con cargo a dicho fondo debemos tener en cuenta: i. naturaleza jurídica y finalidades del “FOMAG”, ii. Fuente de las





obligaciones de la FIDUPREVISORA en ejecución del contrato de fiducia mercantil, iii. Naturaleza jurídica y finalidades de la sanción moratoria.

En primer lugar la naturaleza jurídica –como bien ya se explicó- se encuentra determinada como patrimonio autónomo y descrita desde su misma génesis –Ley 91 de 1989- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica; la cual es administrada por la FIDUPREVISORA bajo los parámetros del contrato de fiducia mercantil, desde su inicio fue creado con los siguientes objetivos³:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Una vez vistos la naturaleza jurídica del “FOMAG”, y así mismo, sus objetivos o finalidades con las cuales fue creado, vemos pues que la obligación por naturaleza propia es atender las prestaciones sociales del personal afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente “provee” los recursos y la fiduciaria administra pero quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado.

En cuanto a la administración de los recursos por parte de la entidad fiduciaria las obligaciones de esta tienen dos fuentes a saber: la ley, y el acuerdo de voluntades.

Primordialmente la ley consagra las reglas del contrato de fiducia a partir del artículo 1226 del código de comercio en el cual se establecen entre otras las diferentes obligaciones de la fiduciaria, sin embargo es hasta el artículo 1232 que se puntualizan las obligaciones de la misma estableciendo que:

*“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: (...) **4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; (...).**”*

Por su parte, el mentado contrato de fiducia mercantil establece como obligaciones de la fiduciaria:

³ Ley 91 de 1989, Artículo 5.



*“(…) obligaciones relacionadas con los pagos que deben efectuarse con cargo al fondo.
(…)”*

*Los pagos que corresponden al fondo son;
(…)”*

C. Cesantías definitivas y cesantías definitivas a beneficiarios.

d. Cesantías parciales de acuerdo con lo establecido en la ley y las prioridades señaladas por el Consejo Directivo”⁴

- **⁴IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO EN TÉRMINO POR LA COMPLEJIDAD DEL TRÁMITE**

Se propone esta excepción puesto que resulta cuestionable exigirle al ente territorial el cumplimiento de un plazo que no guarda relación respecto de la cantidad de solicitudes de reclamación de cesantías, tanto parciales como definitivas, los cuales han aumentado de manera exponencial en los últimos años.

Sumado a la cantidad de solicitudes de cesantías, resulta entonces que el trámite de reconocimiento y pago resulta de mayor complejidad respecto de otros empleadores, puesto que la gestión no depende de una única entidad, sino que en ella intervienen tres, a saber el ente territorial, el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio y la fiduciaria la previsora s.a.

Al respecto la corte constitucional ha estudiado el principio “ Imposibile nulla obligatio est”, y lo justifica por cuatro razones:

- a) Las obligaciones jurídicas tienen un fundamento en la realidad, ya que operan sobre un plano real; de ahí que realizan siempre una acción o conservan una situación según sea una obligación de dar o hacer en el primer caso o de no hacer en el segundo. Ese es el sentimiento de operatividad real de lo jurídico. Lo imposible, jurídicamente no existe; y lo que no existe no es objeto de ninguna obligación; por tanto, la obligación a lo imposible no existe por ausencia de objeto jurídico.
- b) Toda obligación debe estar proporcionada al sujeto de la misma, es decir, debe estar de acuerdo con sus capacidades; como lo imposible rebase la capacidad del sujeto de la obligación, es desproporcionado asignarle a aquel una vinculación con un resultado exorbitante a su capacidad de compromiso, por cuanto implicaría comprometerse a ir en contra de su naturaleza, lo cual resulta a todas luces un absurdo.
- c) El fin de toda obligación es construir o conservar según sea el caso el orden social justo. Todo orden social justo se base en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación

y lo que no está en el fin no se mueve al medio. tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural.

~~Clausula segunda numeral quinto del otro si del 22 de junio de 2017.~~



También por su parte la **LEY 1955 DEL 25 DE MAYO DE 2019 “POR EL CUAL SE EXPIDE EL PLAN DE DESARROLLO 2018-2022 “PACTO POR COLOMBIA PACTO POR LA EQUIDAD”**.

Establece lo siguiente:

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 Secretaria 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 sólo 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 Secretaria 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase 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.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.





Podemos ver que en síntesis los fines del fondo son pagar las prestaciones de los afiliados entre otros, y las obligaciones de la Fiduprevisora son cumplir los fines del fondo, administrar los recursos y cumplir con las obligaciones de orden legal y contractual del contrato de fiducia.

Finalmente, vamos a plantear la finalidad y naturaleza de la sanción moratoria en los siguientes términos:

La sanción moratoria por no pago de cesantías, ostenta la misma génesis y finalidad que cualquier tipo de sanción en derecho laboral, se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye infracción de una norma jurídica, ahora bien, en nuestro caso, la sanción se produce por la conducta de la mora –es decir el retardo- en el pago de las cesantías, ese retardo debe obedecer a violentar los términos dados por la ley y ya suficientemente decantados por la jurisprudencia, luego, la consecuencia, por demás negativa por dicha conducta, obedece no a un premio al trabajador sino a un castigo a quien ocasionó dicho retardo por su negligencia o falta de observancia de los términos legales.

Explicado lo inmediatamente anterior, la pregunta es: ¿quién es el causante de la demora que legitima la sanción que pretende el hoy demandante?, ya vimos el papel que juega el fondo de prestaciones sociales del magisterio y de igual forma las finalidades del contrato de fiducia y las obligaciones de la entidad fiduciaria y no podemos admitir que se castigue la negligencia que quien no provocó la sanción.

Sobre el particular cabe señalar que así lo observa la misma norma debido a que dentro del proceso que nos ocupa se establece el procedimiento para dicho pago, y cabe acotar que la carga de autorizar y proporcionar los medios para generar el pago le corresponde al ente territorial:

“Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

*Artículo 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. **La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.***

*Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, **la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado** con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria, luego es allí, en el ente territorial y no por parte del administrador del FOMAG en donde se origina, donde nace la mora, y debe ser por la finalidad de la figura, allí donde recaigan sus efectos y no sobre quien simplemente efectúa los pagos.*



Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

Artículo 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.”

Por todo lo anteriormente expuesto y desglosado, y vistos los elementos relacionados con el contrato de fiducia, la finalidad del FOMAG, las obligaciones especiales de la fiduciaria, la naturaleza y finalidades de la sanción, así como el hecho de determinar quién es el causante del acaecimiento de la mora, es preciso advertir que no es la Fiduprevisora “CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FOMAG”, la llamada a soportar la carga o el castigo de una mora que esta no generó y que peor aún, no tiene la posibilidad real de evitar.

IV. LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA

Al respecto es necesario mencionar que el Código General del Proceso, en el artículo 61 reguló:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

...

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

En la misma línea, Consejo de Estado, ha expresado:

“El litisconsorcio se presenta cuando uno o los dos extremos de la relación jurídico procesal está integrado por varios sujetos de derecho y puede ser facultativo, cuasinecesario o necesario...”



El litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente. El elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial material del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. El litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos”⁵.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado, le solicito su señoría de manera respetuosa vincular a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena como litisconsorcio necesario por pasiva, en virtud de los actos administrativos allegados con la demanda, es decir conforme con las Resolución No. 7409 del 17 de octubre de 2017 expedida por dicho ente territorial, el actor solicitó el pago de las cesantías el 14 de agosto de 2017, y según el contenido de esta se observa la necesidad de vincular al ente territorial en el presente proceso.

En tal sentido, debo expresar 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 afiliados al mismo. Éste 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.

Teniendo en cuenta lo anterior aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas se expidan por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago sea inmediato pues se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual “no se puede hacer erogación con cargo

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, exp. 15321. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA





al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos”, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

● IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN

En este estadio 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, precisó algunas reglas sobre el salario 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.

● CADUCIDAD

Respecto del término de caducidad de las acciones contenciosas, la jurisprudencia Del Consejo de Estado en sentencia 01393 de 2018 del 1 de febrero de 2018 con consejero ponente William Hernández Gómez ha manifestado:

De manera genérica la caducidad es un fenómeno jurídico cuyo término previsto por la ley se convierte en presupuesto procesal y/o instrumento a través del cual se limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para la reclamación judicial de los mismos, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal, el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación «[...] busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso [...]»⁹.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136-2, establece, como regla general, que la acción de nulidad con restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro meses contados a partir del día siguiente de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Empero, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que aunque el reconocimiento de la sanción moratoria se deriva de una prestación periódica, la reclamación de dicha sanción se debe efectuar de forma específica.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que en el presente caso es pertinente hacer referencia a lo siguiente:

*Conforme la sentencia de la Corte Constitucional y las reseñadas del Consejo de Estado se obtiene que las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponden al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se componen de prestaciones sociales que son beneficios para cubrir riesgos del empleado y no sociales como el pago del salario, **pero que una vez finalizado el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo**, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una sustitución pensional que pueden ser demandados en cualquier tiempo, aún después de culminado el vínculo laboral”*

Razones por las cuales, se debe acoger por el Despacho, el medio exceptivo propuesto, de cara a los criterios jurisprudenciales y normativos del Consejo de Estado.





● EXCEPCIÓN GENÉRICA

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 de los hechos 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 a la señora 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.

● PRESCRIPCIÓN

En relación a la prescripción extintiva del derecho para casos en los cuales se realiza la reclamación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado en sentencia 00188 de 2018 del 15 de febrero de 2018 y consejero ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ estableció:

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Lo anterior haciendo referencia a que, si bien el reconocimiento de las sanción moratoria está vinculada a las cesantías que se le debe pagar al empleado público, dichos derechos no dependen el uno del otro, sino que se causan de forma independiente, por lo cual no es factible establecer que la sanción moratoria no tienen prescripción alguna por derivarse del pago prestacional de las cesantías. Al respecto en la sentencia 00188 de 2018, se expresa:

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

De lo anterior se desprende que se le dé aplicación a lo establecido en el artículo 151 del Código de procedimiento laboral, establece el término de prescripción para la sanción moratoria de la siguiente forma:

Artículo 151. Prescripción: *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.*





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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección).

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

En aplicación del criterio antes expuesto, se establece que la sanción moratoria es prescriptible y se le aplica lo previsto en el artículo 151 del C.P.L, por lo cual, se solicita que se declare la configuración del fenómeno prescriptivo de la sanción moratoria solicitada por la parte demandante.

Como es conocido el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios –FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Éste 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.

Teniendo en cuenta lo anterior aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas se expidan por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago sea inmediato pues se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual ⁶ “no se puede hacer erogación con

⁶ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, Art: 345



cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos”, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación. Consecuente con lo anterior, la Nación, Ministerio de Educación Nacional - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el H. Consejo de Estado a través de las Sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, y la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU336 del dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Al respecto, téngase en cuenta la interpretación dada por la H. Corte Constitucional sobre el respeto de los principios del presupuesto, y los trámites y procedimiento internos para efectuar el pago de una condena, plasmados en la Sentencia C-604/12, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub⁷:

“El respeto de los principios del presupuesto exige que no se pueda obligar a una entidad a cumplir inmediatamente con una sentencia o acuerdo conciliatorio, sin atender a los trámites y procedimientos internos para efectuar el pago, tales como los relacionados con la disponibilidad presupuestal, en cuyo caso su incumplimiento vulneraría el principio de legalidad, corriéndose el riesgo de que al hacerlo se tengan que desconocer las normas del presupuesto y de las actuaciones administrativas, reglas a las cuales no está sometido un particular a quien por tanto sí le es exigible que cumpla inmediatamente con un fallo o acuerdo. Es así como el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla en su artículo 192 un procedimiento expresamente dirigido al cumplimiento de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas, el cual establece expresamente que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, plazo éste en el cual las reglas aplicables al pago de intereses no pueden ser las mismas que las que se emplean frente al incumplimiento de una obligación por parte del Estado”.

La unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018, 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 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 si 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 0125/2018, establece que *“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*

⁷ Sentencia C-604/12, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



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”.

Con la expedición de la Ley 1071 de 2006, que consagró, que consagró las circunstancias en que los empleados se encontraban facultados para solicitar el retiro parcial de sus cesantías, 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 cesantía 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 tano a nivel nacional como territorial.**

Por tanto, frente al reconocimiento de la cesantías, 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 solicitó-parciales-o por la que se causó-definitivas”.

En cuanto al reconocimiento de la sanción por mora el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-S11-012-2018, establece que en el caso en que la administración resuelva la solicitud de cesantías parciales o definitivas de manera tardía o no lo haga, el término 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 de 2006, 10 días para el 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 discriminados en precedencia, se causará la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso en concreto se tiene que la fecha de solicitud de pago de las cesantías fue el **14 de agosto de 2017**, dicha petición fue resuelta con la expedición de la **Resolución No. 7409 del 17 de octubre de 2017**, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial por valor de \$21'326.377 pesos m/cte. Dicho esto, los 70 días para efectuar el pago de las cesantías feneció el **24 de noviembre de 2017**, por lo que se tiene que la mora se configuraría a partir del **25 de noviembre de 2017**, la fecha del pago de las cesantías que manifiesta la parte demandante fue el **10 de enero de 2018**, tenga en cuenta señora Juez la disposición de los dineros del pago de las cesantías fue el día **26 de diciembre de 2017**, tal como consta en la certificación de pago que allego con esta contestación, generándose una mora de **31 días** y no 47 días como manifiesta la apoderada de la demandante.





COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO

El Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA - Ley 1437 de 2011) establece respecto a la condena en costas lo siguiente:

“Artículo 188. CONDENEN 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.” (Actual Código General del Proceso) (Subrayados fuera del texto original).

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado, así:

□ La Subsección “A” de la sección segunda de esta corporación en sentencia dictada el 20 de enero de 2015, en relación con la norma antes transcrita expuso que contiene el verbo “dispondrá” que está encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera la sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

□ El término dispondrá de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir” “mandar” “proveer”, es decir que lo provisto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

□ Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe, y la existencia de pruebas en el proceso sobre causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

A su turno, los incisos 5 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso facultan al juez para decidir sobre las costas, señalando textualmente lo siguiente:

“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:

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.” (Subrayados fuera del texto original).





La jurisprudencia ha definido las costas procesales como aquellos gastos que se deben sufragar en el trámite de un proceso y éstas se componen de expensas y agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, entre otras, mientras que las agencias en derecho, si corresponden a los gastos u honorarios del abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp.12425).

Por consiguiente, en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

En ese sentido, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “la norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia”

La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...”

En conclusión, la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial. Por tal motivo, respetuosamente se solicita a su señoría no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia.

Finalmente señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. “

Por lo anterior, solicito de manera respetuosa que de existir una condena contra la Nación, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos aquí señalados para exonerar de costas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso.

V. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DE DERECHO

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





VI. ANEXOS

DOCUMENTALES

Se anexan con este escrito:

1. Copia de la Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019.
2. Sustitución de poder.
3. Certificación de pago de cesantías de la señora **NANCY AVELINA JIMENEZ CARDENAS**.

VIII. NOTIFICACIONES

Se recibirá notificaciones personales en la Calle 72 No. 10 – 03 en la ciudad de Bogotá D.C; y dirección de correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y/o procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

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

De la señora Juez,

PAMELA ACUÑA PÉREZ
C.C. No. 32'938.289 de Cartagena
T.P. No. 205.820 del C. S. de la J.

Proyectó: Pamela Acuña Pérez
Revisó: Fabián Ricardo Fonseca Pacheco

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

