

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
MAGISTRADA PONENTE: DRA. JUDITH ROMERO
En Su Despacho

Ref.: Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Rosa Elena Adarraga Lerma**
Demandado : **Nación - Ministerio de Educación - Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio - Municipio de Soledad**
Radicación : **2019-00300**

Quien suscribe, **BRENDA CECILIA GONZÁLEZ VERGARA**, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderada sustituta del **MUNICIPIO DE SOLEDAD**, tal como consta en el poder especial y de sustitución que se anexan con el presente escrito, atentamente y dentro del término legal, me permito describir el traslado de la demanda de la referencia y, en consecuencia la CONTESTO, en los siguientes términos:

A LOS HECHOS

AL PRIMERO: Es cierto.

AL SEGUNDO: Es cierto. De los documentos aportados se observa que efectivamente la señora Rosa Elena Adarraga Lerma, se encuentra afiliada al Fomag.

AL TERCERO: Es cierto. De los documentos aportados se observa que efectivamente la señora Rosa Elena Adarraga Lerma fue nombrada mediante Decreto 216 del 15 de junio de 2007, en el cargo de Docente de tiempo completo en el área de básica primaria, en la Institución Educativa Francisco José de Caldas.

AL CUARTO: Es cierto. De los documentos allegados, se observa que efectivamente la actora tomó posesión del cargo para el cual fue nombrada en la fecha aquí descrita, esto es, el 31 de julio de 2007.

AL QUINTO: Es cierto. De los documentos allegados, se observa que efectivamente la actora inicio labores para la Institución Educativa Francisco José de Caldas, el 1º de agosto de 2007.

AL SEXTO: Es cierto. De los documentos allegados, se observa que efectivamente la actora fue nombrada en propiedad en el cargo de docente, mediante la resolución aquí referenciada.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DEL ATLANTICO
11.9.DIC.2019
BARRANQUILLA


1

AL SÉPTIMO: Es cierto. De los documentos allegados, se observa que efectivamente la actora tomó posesión del cargo para el cual fue nombrada en propiedad, el día 3 de marzo de 2009.

AL OCTAVO: No es cierto como está expresado. En este punto se pone de presente que la entidad territorial no es la competente para reconocer o negar la solicitud de cesantías deprecada por la demandante; se acota que las Secretarías de Educación territoriales actúan como meros facilitadores para los trámites de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, las cuales están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Siendo así, quien determina la procedencia o no de las solicitudes presentadas es el Fondo prestacional al cual pertenece, esto es el FOMAG, tal cual lo afirma tanto la normatividad como la jurisprudencia que regula la materia y como más adelante se desarrollara en detalle.

AL NOVENO: No es cierto. *A contrario sensu* de lo afirmado por la demandante, las Secretarías de Educación no son las entidades competentes para el reconocer las prestaciones económicas de los docentes oficiales vinculados la FOMAG, por lo que, mucho menos serían las llamadas a consignar las mismas, concretamente, las cesantías.

Luego resulta claro que su reconocimiento y posterior pago, por mandato legal, radica en cabeza del Fomag, no siendo procedente, endilgar responsabilidad alguna por la omisión o tardanza en su consignación, pues más allá de que las Secretarías de Educación, como se dijo, reciben las peticiones de los docentes, por las labores secretariales y de tramitología que le fueron encomendadas, no es la encargada de pronunciarse sobre aquellas.

AL DÉCIMO: No es cierto como está expresado. Lo cierto es que, si bien la actora elevó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, así como de la sanción moratoria el día 25 de mayo de 2018, dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicha solicitud fue radicada a instancias de la Secretaría de Educación Municipal de Soledad solo en consideración de las labores secretariales y de tramitología que le fueron asignadas en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario No. 2831 del mismo año. No así, porque sea el Municipio de Soledad y su Secretaría de Educación, los responsables u obligados por ley a reconocer y pagar la prestación social deprecada en aquel entonces por la actora y mucho menos cualquier sanción derivada de aquella.

Lo anterior, descarta cualquier interés de mi representada en los resultados del proceso, pues esta carece de responsabilidad legal en el otorgamiento de las prestaciones de la actora.

AL DÉCIMO PRIMERO: Es cierto, en atención a la respuesta dada al hecho décimo del presente escrito.

AL DÉCIMO SEGUNDO: No es cierto. La parte actora, basa su afirmación en el supuesto de que a los docentes afiliados al Fomag, tal como lo es la señora Adarraga Lerma, se le cancelan o consignan sus cesantías bajo el régimen previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

No obstante, se precisa que, en primer lugar, los recursos con los que se financian las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003, no son consignados directamente por el ente territorial, sino que son transferidos al fondo directamente por la Nación, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones que le corresponde al respectivo ente territorial, tal como se explicará más adelante.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que, para el presente asunto, no se puede pretender aplicar de forma analógica el término previsto en la Ley 50 de 1990, esto es, el 14 de febrero de cada año, para efectuar la consignación de cesantías ya que tales disposiciones no resultan aplicables a los docentes, en razón a que este tipo de servidores **no se afilian a Fondos Privados de Cesantías**. Por consiguiente, como quiera que la contabilización o plazo señalado por la actora en consideración al supuesto pago inoportuno de sus cesantías, se basa en una serie de normas no son aplicables al caso que nos ocupa, resulta desacertado lo alegado en este hecho por la parte actora.

AL DÉCIMO TERCERO: No es cierto. Lo cierto es que, como ya se explicó, en caso de los docentes oficiales no se realiza consignación de cesantías al Fomag, por el contrario, tal como lo establece el Decreto 3752 de 2003, lo que le corresponde al ente territorial es enviar periódicamente un reporte de la nómina de todos sus docentes y, con base en dicho reporte, los recursos destinados al pago de las prestaciones de los docentes oficiales son transferidos al fondo directamente por la Nación, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones que le corresponde al respectivo ente territorial.

Por lo anterior, no es cierto que a la actora se deba cancelar el auxilio de cesantías antes del 14 de febrero del año inmediatamente anterior a cada una de dichas vigencias anuales.

AL DÉCIMO CUARTO: No es cierto. Se itera que los recursos con los que se financian las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003, no son consignados directamente por el ente territorial, sino que son transferidos al fondo directamente por la Nación, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones que le corresponde al respectivo ente territorial, tal como se explicará más adelante.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que, para el presente asunto, no se puede pretender aplicar de forma analógica el término previsto en la Ley 50 de 1990, esto es, el 14 de febrero de cada año, para efectuar la consignación de cesantías ya que tales disposiciones no resultan aplicables a los docentes, en razón a que este tipo de servidores **no se afilian a Fondos Privados de**

Cesantías. Por consiguiente, como quiera que la contabilización o plazo señalado por la actora en consideración al supuesto pago inoportuno de sus cesantías, se basa en una serie de normas no son aplicables al caso que nos ocupa, resulta desacertado lo alegado en este hecho por la parte actora.

AL DÉCIMO QUINTO: No es cierto como está expresado. Si bien el demandante en fecha 25 de mayo de 2018, presenta derecho de petición ante mi representada solicitando el reconocimiento y pago de cesantías y sanción moratoria, se tiene que la misma fue recibida en la Secretaria de Educación sólo en virtud de las disposiciones contenidas la Ley 962 de 2005 y en el Decreto 2831 de 2005 esto es, en consideración de las labores secretariales y de tramitología. Luego entonces, es claro el Municipio de Soledad, no es el responsable ni posee interés respecto de la decisión del Fomag, de reconocer o negar el reconocimiento y pago de las cesantías de la actora.

AL DÉCIMO SEXTO: Es cierto, en atención a los documentos aportados con la demanda.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO Y OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que éstas carecen de todo fundamento legal y jurídico, afirmación que se sustenta en que:

4

1. El acto administrativo ficto acusado dentro del presente litigio, se encuentra legal y constitucionalmente ajustado a derecho, pues tal acto no contraviene en nada las normas especiales aplicables al presente asunto, esto es, las contenidas en la Ley 91 de 1989, en la Ley 962 de 2005 y en el Decreto 2831 de 2005. Por tanto, dicho acto administrativo no es pasible de ser anulado por el operador judicial que conoce del proceso aquí debatido, cuando frente al mismo no se materializó ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA.
2. Así mismo, sea menester aclarar que las cesantías de los docentes oficiales afiliados al FOMAG, así como el trámite para su reconocimiento y pago, cuentan con una regulación especial contenida en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario 2831 del mismo año; regulación que resulta incompatible con la sanción moratoria deprecada en este litigio.

En ese orden de ideas, en contraposición a las disposiciones de la Ley 344 de 1995, del Decreto 1582 de 1998 y la Ley 50 de 1990, en el presente asunto debe darse aplicación a la regla de interpretación jurídica, contenida en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según la cual "*La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*".

3. En complemento de lo señalado con anterioridad, se tiene que mi representada no puede ser destinataria de la sanción por mora deprecada

por la actora, pues dicha figura no fue consagrada dentro del régimen jurídico que regula de forma especial el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; fondo al que se le encargó el reconocimiento de dicho emolumento, en virtud de lo contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

4. Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, el Municipio de Soledad no se encuentra legitimado por pasiva dentro del presente proceso para fungir como responsable u obligado al pago de la sanción por mora pretendida por la demandante, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y en el numeral 1 de la Ley 91 de 1989, todo pago de las prestaciones sociales de un afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), le corresponde efectuarlo al citado fondo por medio del administrador de los recursos de aquel. En consecuencia, en el evento en que se llegase a determinar la procedencia de la sanción moratoria pretendida, los únicos llamados a responder por dichas acreencias sería el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de su ente administrador, Fiduciaria La Previsora S.A.
5. Pese a que el acto demandado tuvo origen en una petición radicada ante la Secretaría de Educación del Municipio de Soledad, lo cierto es que ésta solo actúa en **nombre y representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, vale decir, en razón de las funciones de gestión que le fueron asignadas por disposición expresa del artículo 3 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005. Norma que en consonancia a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, coloca en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a su vez, al ente administrador de sus recursos (Fiduciaria La Previsora S.A) la responsabilidad directa sobre las súplicas de la demanda.

Por las anteriores razones solicito a la señora Magistrada, con todo respeto, se sirva desestimar todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda y condenar a la parte actora en costas por su manifiesta temeridad.

FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA DEFENSA

1. A LOS DOCENTES AFILIADOS AL FOMAG, NO LE SON APLICABLES LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 344 DE 1996 NI LAS SEÑALADAS EN LA LEY 50 DE 1990, POR LO QUE LA SANCIÓN MORATORIA PRETENDIDA ES IMPROCEDENTE.

Como primera medida, debemos señalar que en el presente asunto no hay lugar al reconocimiento de la sanción deprecada por la demandante, en tanto que el régimen prestacional especial bajo el cual se encuentran cobijados todos los docentes afiliados al FOMAG, como lo es la actora, difiere sustancialmente del régimen general sobre el que ésta sustenta las súplicas de su demanda.

Por tanto, resulta de vital importancia recordar la norma de interpretación jurídica referente a la aplicación de las leyes, contenida en el artículo 10 de nuestro Código Civil, subrogado por el artículo 5 de la Ley 75 de 1887, numeral 1º, según el cual **"la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga el carácter general..."**

En ese orden de ideas, no existe duda ni discusión alguna que el régimen prestacional aplicable a los docentes oficiales, como lo es la demandante, es un régimen especial regulado en la Ley 91 de 1989, ley que a su vez, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para la atención de todos los asuntos prestacionales de los docentes.

En efecto, el artículo 4º de la mencionada Ley 91 de 1989 establece que las prestaciones sociales de los docentes serán atendidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su artículo 5º determina que dicho fondo tendrá como uno de sus objetivos efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado:

"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. (...)

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

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

(...)" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

A su vez, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispone lo siguiente:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley." (Subrayado fuera de texto)

Del recuento normativo anterior, se colige y ratifica con total claridad que a los docentes oficiales afiliados al FOMAG, como lo es la actora, no les resulta aplicable el régimen general de cesantías previsto en la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, normatividad que hizo extensivo a los servidores del Estado el sistema y régimen de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990.

Tanto es así, que la misma Ley 344 de 1996 determinó de forma expresa una excepción, dejando por fuera de dicha regulación a los docentes a quienes les aplican las normas de la Ley 91 de 1989, en la medida en que dicha ley estableció un procedimiento y régimen de cesantías, que aunque similar, se constituye como un régimen especial y totalmente diferente al régimen general señalado por la Ley 344 antes mencionada.

Prueba de ello, es precisamente lo contemplado en el primer inciso del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que dispone:

"Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; (...)"*
(Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Luego entonces, queda claro que el régimen de cesantías previsto en la norma en cita, solo es aplicable a quienes se hubiesen vinculado a los Órganos y Entidades del Estado a partir de la publicación de dicha ley, **excluyendo de forma expresa y contundente a los destinatarios en la Ley 91 de 1989**, por lo que, a *contrario sensu*, todo aquel funcionario a quien le aplique las disposiciones señaladas en la mentada ley, no será destinatario del régimen regulado por el artículo antes citado.

En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Código Civil Colombiano en cuanto a interpretación de normas, el cual, contemplando principios tales como el de interpretación gramatical, en sus artículos 27 y 28 del Código Civil, estableció:

"Art. 27. Interpretación gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.
(...)

Art. 28. Sentido corriente de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, siendo que el contenido del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 es claro en indicar, distinguir y especificar que lo regulado en ella se aplica "sin perjuicio" de lo que señale la Ley 91 de 1989, tenemos que para dar aplicación al principio antes citado se debe consultar el significado de la frase SIN PERJUICIO.

Por su parte, tenemos que la expresión "sin perjuicio, según el Diccionario de la Lengua Española, DILE, 2014, es 'dejando a salvo'.¹ En consecuencia, del aparte subrayado del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se deduce que el legislador, de forma expresa, mantuvo indemne y vigente el régimen prestacional especial de los docentes contemplado en la Ley 91 de 1989, por lo que excluyó claramente a los docentes oficiales, de la aplicación de la regulación de la Ley 50 de 1990.

Por tal razón, dentro de las leyes que regulan el régimen especial prestacional de los docentes (Ley 91 de 1989) no existe fundamento jurídico alguno que establezca el pago de una sanción moratoria, como la contemplada en la Ley 50 de 1990 por la no consignación oportuna de la cesantías en el respectivo fondo privado de cesantías, máxime cuando la demandante ni siquiera se encuentra afiliada a un fondo de cesantías, pues debido al régimen que le resulta aplicable se encuentra afiliada de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sumado a lo anterior, se debe leer con detenimiento la redacción del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, el cual es citado por la parte actora como fundamento a las pretensiones de su demanda.

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

8

En este punto, se resalta y se hace énfasis, en que la norma dispone con absoluta claridad que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, **sólo son aplicables a los servidores que se afilien a los fondos privados de cesantías**. Así las cosas, en el caso de la accionante por ser esta docente oficial afiliada de forma obligatoria al FOMAG por disposición legal, no puede aplicársele ni siquiera analógicamente las normas de la Ley 50 de 1990, por no estar afiliada a un fondo privado de cesantías.

Es por ello, que no puede pretender que se condene a mi representada al reconocimiento de la sanción moratoria perseguida por la actora, aduciendo una supuesta omisión o retraso en la realización de la conducta descrita en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es "consignar antes del 15 de febrero del año siguiente, **en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que el mismo elija**", por la sencilla razón que la demandante, ni ningún docente oficial, escoge ni se afilia a un **fondo privado de cesantías**, sino que por expresa disposición legal, son afiliados obligatorios

¹ Tomado de la publicación electrónica de Ámbito Jurídico: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Etcetera/sin-perjuicio-de.asp?Miga=1>

al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, fondo encargado de administrar y pagar las cesantías del personal docente.

Es más, de la misma dinámica y reglamentación que aplica para el caso de las cesantías de los docentes se evidencia que ni siquiera existe una "consignación de cesantías" al fondo al que estén afiliados, que en este caso no es otro que el FOMAG.

Por el contrario, de conformidad con el Decreto 3752 de 2003, los recursos con los que se financian las cesantías del personal docente afiliado al FOMAG ni siquiera son consignados directamente por el ente territorial, sino que éstos son transferidos al fondo directamente por la Nación, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones que le corresponde al respectivo ente territorial.

A continuación, nos permitimos transcribir los artículos del Decreto 3752 de 2003 que regulan dicho procedimiento:

"ARTÍCULO 7°. - Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

"ARTÍCULO 8°. - Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

"ARTÍCULO 10°. - Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

"El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el decreto 2019 de 2000." (Subrayado fuera de texto)

Como se puede evidenciar de la lectura de las anteriores normas, es claro que lo que realiza la entidad territorial es un "REPORTE DE CESANTIAS" y demás conceptos asociados a la nómina del personal docente, es decir que anualmente se reporta al FOMAG - Fiduprevisora el valor de las cesantías liquidadas a favor del docente vinculado a su planta de personal. No obstante, las cesantías de los docentes afiliados del fondo se van acumulando de la apropiación que se efectúa mes a mes de los giros que recibe directamente el FOMAG de la Nación, con cargo a los recursos del SGP.

Así las cosas, resulta totalmente absurdo e imposible pretender dar aplicación a las normas de la ley 50 de 1990 para el caso de los docentes oficiales afiliados al FOMAG, cuando ni siquiera se logran configurar los supuestos de hecho que prevé dicha normatividad para que se cause la sanción moratoria deprecada por la demandante, esto es:

- i) Que las cesantías no se consignen en el fondo de cesantías privado que escoja el servidor, situación que no puede ocurrir en el caso de los docentes, toda vez que éstos no pueden escoger ni afiliarse a un fondo privado de cesantías; y
- ii) Que las cesantías no sean consignadas antes del 15 de febrero de cada año, cosa que tampoco puede ocurrir ya que, como se vio, en el caso de los docentes afiliados al FOMAG, no se efectúa consignación alguna de cesantías, sino que la entidad territorial realiza un reporte del monto de las mismas, para que con los recursos que recibe directamente el FOMAG de la Nación provenientes del SGP, éstas sean canceladas al docente en el momento que corresponda.

10

Ahora bien, aclarado lo anterior, también debemos precisar que otra razón por la que al régimen especial aplicable a la actora, no le resultaría aplicable la concesión de las súplicas de la presente demanda, es precisamente que el hecho de que dicho régimen, no determina unos plazos de pago o consignación al FOMAG respecto de la liquidación anual de las cesantías de los afiliados que se vincularon con posterioridad al 1 de enero de 1990, sino más bien, la obligación de una liquidación que como veremos, lo que conlleva es un deber de informar.

Al respecto, el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece:

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

"(...)

"3. Cesantías:

"(...)

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

A su turno, en Sentencia C-928 de 2006 proferida por la Corte Constitucional, dicha corporación tuvo en cuenta lo señalado por Fiduprevisora S.A como administradora del FOMAG, quien informó:

"La entidad territorial o el establecimiento público educativo oficial, debe elaborar la liquidación anual de las cesantías por cada uno de los docentes que tenga el régimen de anualidad. A partir de la Ley 715 de 2001 esta función la realiza la Secretaría de Educación.

"Las liquidaciones anuales de cesantías serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento educativo oficial, hoy Secretaría de Educación Certificada, dentro de los primeros cinco (5) días del mes de febrero de cada año a la entidad fiduciaria que administra los recursos del Fondo del Magisterio, para la elaboración de la nómina de intereses.

*"(...) es preciso indicar que la liquidación se efectúa sobre el saldo de cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, lo que implica que el **interés se liquida y paga en el año inmediatamente siguiente en el mes de marzo**". (Negrillas agregadas).*

Como se puede observar, no obstante que el régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990, contempla unos plazos definidos para realizar una consignación a título de cesantías para cada trabajador, en nuestro caso el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prevé que anualmente es obligación del FOMAG liquidar las cesantías de su afiliado y reconocer con base a ello, unos intereses, más por ninguna parte, aparece que dicho fondo o la entidad territorial en donde preste servicios uno de sus afiliados, deba consignar en un plazo definido legalmente las cesantías, so pena de incurrir en una sanción por mora.

Por el contrario, la ley especial aplicable a los docentes oficiales afiliados al FOMAG (Ley 91 de 1989), prevé un trámite diferente al que aplica para otros servidores oficiales, lo cual conlleva de suyo, diferencias que impiden aplicar analógicamente a este asunto, una norma que como vimos, en virtud de lo dicho en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, no se podría aplicar.

Por tanto, a diferencia de lo señalado en la Ley 344 de 1996, en su decreto reglamentario y en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que para nuestro caso, no resultan aplicables las disposiciones contenidas en dichos compendios normativos, entre ellas las relacionadas con el pago de una sanción por mora en el pago de cesantías de un servidor, pues sin dificultad alguna se observa que los docentes afiliados al FOMAG, poseen un régimen especial que en nada contempla tal sanción a su favor; régimen que ni fue modificado por las leyes antes mencionadas, ni remite por analogía a la aplicación de dichas normas para nuestro caso.

En virtud de lo anterior, para resolver el presente asunto el juzgador debe dar aplicación a las normas que rigen las pautas de interpretación jurídica según las cuales no es posible que en nuestro ordenamiento jurídico colombiano una norma general posterior derogue una norma especial anterior, debiéndose preferir, en caso de contradicción entre una y otra, la norma de carácter especial.

Dicho criterio se encuentra consagrado en nuestra legislación positiva en el artículo 2º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 de ese mismo año, principios que han sido ratificados en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional, como por ejemplo, en la sentencia C-005 de 1996, en la cual indicó:

"El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año." (Subrayado fuera de texto)

A su turno, mediante sentencia del 14 de abril de 2010, dentro del proceso de radicación 44001-23-31-000-2000-00522-03 (27781) el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

"Lex posterior generalis non derogat priori speciali" y "legi speciali per generalem non derogatur" son aforismos antiquísimos que enuncian el principio universal de derecho de que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que complementan la conocida regla de prevalencia. De allí que la doctrina contenida en aquellas fórmulas jurídicas se pueda sintetizar así: la ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general,

*subsiste en cuanto se refiere a una materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera (...)*² (subrayado fuera de texto original).

En suma, teniendo en cuenta todo lo esbozado en líneas precedentes, para el presente caso podemos concluir que:

- (i) Para el caso concreto de la demandante, no es posible aplicar las normas contempladas en la Ley 344 de 1996 y la Ley 50 de 1990 con base a las cuales sustenta las súplicas de su demanda, en tanto que la Ley 91 de 1989 estableció el trámite para el reconocimiento de sus correspondientes prestaciones sociales, incluido el pago de sus cesantías. Normas que por ser especiales, sin importar que sean anteriores a la Ley 344 de 1996, se deben aplicar con preferencia a la norma antes comentada (posterior general).
- (ii) Que así mismo, no es viable conceder la sanción moratoria pretendida, en la medida en que dicha figura debe su naturaleza a una sanción específicamente reglamentada por el Decreto 1582 de 1998; sanción que no es posible aplicar analógica o extensivamente al régimen especial de los docentes oficiales afiliados al FOMAG.

Por tanto, queda claro que las súplicas de la demanda que nos ocupa carecen de todo sustento legal para ser concedidas, tal como en diferentes ocasiones, otros Tribunales Administrativos lo han determinado y como, a su vez, el mismo Consejo de Estado ha respetado y ratificado en casos similares al de la referencia. Así por ejemplo, se lee en los casos que señalo a continuación:

13

"Para el caso concreto, se tiene que la señora MARTHA LUCÍA HENAO LÓPEZ mediante petición radicada el día 26 de marzo de 2012 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías definitivas, las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución No. 01721 del 9 de febrero de 2011, notificada el día 17 del mismo calendario, y efectivamente pagadas el día 19 de septiembre de 2011, en aplicación de los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

*"Ahora, tal como se ha venido argumentando, para el caso de la demandante, teniendo en cuenta su calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las normas especiales, y por tanto prevalentes, que regulan el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentran a cargo de dicho fondo, son las establecidas en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005, **siendo que en dichas disposiciones no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, de lo cual se concluye que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento deprecado.***

"De igual manera, como ya se explicó, el procedimiento estipulado en las normas precitadas no depende únicamente de la entidad demandada NACIÓN -

² Consejo de Estado sentencia de 30 de enero de 1968.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues en dicho procedimiento concurre igualmente la Secretaría de Educación del ente territorial certificado a cuya planta pertenece el docente, en cuanto es a quien le corresponde elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones y suscribir el acto administrativo definitivo, y por otra parte, le corresponde a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del fondo, emitir aprobación del proyecto de acto administrativo y efectuar el pago respectivo de la prestación una vez reciba la copia del acto administrativo definitivo de reconocimiento, siendo que para el caso concreto, ni siquiera es posible determinar, en gracia de discusión, cuál de las entidades involucradas en el procedimiento referenciado fue la que incurrió en mora respecto a los términos fijados en el Decreto 2831 de 2005, siendo este un argumento adicional para fundamentar la inaplicabilidad de la Ley 244 de 1995 para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

- Sentencia del 5 de julio de 2012. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00947-00.

"De la demanda conoció en primera instancia el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito Judicial de Cali, quien a través de sentencia de 26 de septiembre de 2011, resolvió negar las súplicas de la acción.

14

"Interpuesta oportunamente la alzada, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia del 10 de abril de 2012, confirmó la decisión de primera instancia.

"Inicialmente, procedió el Tribunal a determinar si el marco legal aplicable a las cesantías de los docentes se concretaba en la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, o si por el contrario, era procedente acudir al régimen previsto en la Ley 1071 de 2006 que reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, identificando a partir de sus contenidos, que la Ley 91 señaló con precisión el régimen legal de las cesantías de los docentes, siendo entonces ésta una norma especial, mientras que la Ley 1071 contiene regulación de carácter general.

(...) (...)

"De conformidad con lo expuesto, considera esta Sala que las providencias censuradas por esta vía constitucional, contienen una carga argumentativa razonable, y que no es posible predicar de ellas la vulneración iusfundamental alegada por el petente. En efecto, se observa que los jueces de instancia acataron plenamente las normas que rigen el asunto, las pruebas allegadas, y desataron el problema jurídico puesto a su consideración, con base en los lineamientos jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado, en su condición de máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

³ Sentencia del 28 de noviembre de 2014. Tribunal Administrativo De Antioquia. Sala Segunda de Oralidad. M.P: Gonzalo Zambrano Velandia. Rad: 05001333302420120043101.

"Tampoco se puede predicar de la sentencia atacada un desconocimiento injustificado del sistema de precedentes verticales emanados del Consejo de Estado, pues aunque la accionante hace alusión a dos fallos proferidos por las Subsecciones "A" y "B" de esta Corporación, éstas no configuran por sí mismas precedente, teniendo en cuenta que no realizaron una interpretación del ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 y ni fijaron una posición unificada en el tema".

2. NO EXISTE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL CASO DE LA DEMANDANTE, POR ESTAR COBIJADA POR UN RÉGIMEN ESPECIAL.

En complemento de lo señalado con anterioridad, conviene precisar que si bien la actora fundamenta su demanda a partir de una supuesta violación de su derecho a la igualdad, por no ser destinataria de la normativa contemplada en la Ley 344 de 1996 y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo cierto es que, por ser ésta una docente afiliada al FOMAG, mal podría hablarse de vulneración de dicho derecho fundamental cuando se encuentra regida por un régimen especial o excepcional que le diferencia de los verdaderos destinatarios de la normativa en cuestión.

Lo dicho, en línea con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, en la que estudiando paralelamente el asunto que nos ocupa al problema jurídico de los intereses de las cesantías de los afiliados al FOMAG, señaló:

"(...) De igual manera, en **materia prestacional**, la Corte ha considerado que el legislador no puede establecer tratamientos discriminatorios entre los diversos trabajadores, como es el caso de la liquidación y pago del auxilio de cesantía. En tal sentido, recientemente esta Corporación en sentencia C-823 de 2006 declaró inexecutable el literal b) del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la medida que exceptuaba a los trabajadores ocasionales del pago del auxilio de cesantía no respondía a una finalidad que pudiera considerarse legítima a la luz de la Constitución.

"Ahora bien, en el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad.

"En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se

administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990.

(...)

"En este orden de ideas, el cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna." (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Así las cosas, es claro que si bien el tema que nos ocupa no versa predominantemente sobre los intereses de cesantías, lo cierto es que como quiera que la demandante es una docente afiliada al FOMAG, no sería posible que alegara violación alguna a su derecho a la igualdad, máxime cuando a su favor, dicho régimen ha contemplado un sistema amplio de prestaciones que si bien no posee una sanción por mora, si permite para su caso obtener beneficios propios que impiden la prosperidad de sus pretensiones, por ejemplo, tal y como sucede con la forma de liquidación de los intereses sobre las cesantías.

16

3. AL SER LA LEY 91 DE 1989, UNA NORMA ESPECIAL, NO ES POSIBLE ACEPTAR LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA DE UNA SANCIÓN POR MORA QUE ATENTARÍA, CONTRA EL PRINCIPIO DE TÍPICIDAD DE LA SANCIÓN.

Habiendo aclarado lo anterior, se tiene que la actora, en el escrito de su demanda que se debe aplicar la sanción por mora contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no obstante, tal solicitud es inviable por violar el principio de tipicidad de la sanción, y a su turno, la aplicación especial de la norma que define su régimen prestacional.

Lo dicho, pues pretender imponer una sanción a mi poderdante, que está más que claro y probado que no es el encargado de cancelar las cesantías de la actora como afiliada al FOMAG, que tampoco es un fondo privado de cesantías al que antes del 14 de febrero de cada año se debe consignar tal prestación social, sería un craso atentando y violación al principio de legalidad de las conductas y las sanciones consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 3° del C.P.A.C.A. el cual a letra dispone:

"Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

"Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

"1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

"En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem. (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-1039 del 5 de diciembre de 2006, M.P: Dr. Humberto Sierra Porto señaló que:

"En efecto, en reiteradas ocasiones esta Corporación ha sostenido que en el ámbito del derecho sancionador -del cual como antes se sostuvo hace parte el derecho disciplinario- no cabe la interpretación y aplicación extensiva de las disposiciones que consagran las faltas. Así, por ejemplo, en la sentencia T-1285 de 2005, con ocasión de una tutela interpuesta por un congresista en contra de la interpretación extensiva de una causal de paridad de investidura sostuvo esta Corporación:

De acuerdo con los principios que rigen el debido proceso, de legalidad y tipicidad, sólo es posible derivar la falta y la sanción de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, siendo importante resaltar que las causales de pérdida de investidura no pueden ser de creación jurisprudencial **pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica** (negrillas añadidas) (...)"

Así mismo, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en un pronunciamiento reciente ha indicado:

"Se recuerda que cuando se trata de aplicar sanciones como la moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 la interpretación de las mismas es restrictiva y por tanto no se permiten analogías."⁴

Así las cosas, es evidente que los docentes destinatarios de la Ley 91 de 1989, están excluidos de las normas de cesantías que devienen del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, máxime cuando el artículo 1 del Decreto Reglamentario 1582 de 1998 es claro al disponer:

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos

⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de abril de 2016. C.P.: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad.: 19001233100020100020001.

99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)".

De allí que la norma no pueda ser aplicada a nuestro caso, cuando el fondo prestacional al cual está vinculada la demandante no es un fondo privado de cesantías, sino más bien, una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta. Es decir, es un fondo público o estatal.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda más que claro que la actora se equivoca al deprecar la sanción por mora exigida con su demanda, pues solicitar tal emolumento sería tanto como pretender que el juez que conoce el caso de la referencia violente los principios de legalidad y tipicidad de las conductas a sancionar, esto es, por realizar una interpretación analógica o extensiva de las conductas y sanciones previstas única y exclusivamente para otro tipo de empleados y funcionarios.

A continuación, me permito transcribir algunos apartes de la sentencia de 16 de febrero de 2012, proferida por la sección Segunda del Consejo de Estado con radicación No. 1455-09, en la cual se hace referencia al principio de legalidad y tipicidad en los siguientes términos:

18

*"En materia del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad material (inspirado del derecho penal), está referido a la configuración legal de los presupuestos, requisitos, y condiciones que posibilitan el ejercicio de la potestad disciplinaria y se enuncia, en la mayoría de ordenamientos jurídicos con la fórmula de que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". En el caso Colombiano, el artículo 29 de la Constitución, que prevé el derecho fundamental al debido proceso, dispone que "nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto imputado". **En todo caso, el principio de legalidad en materia sancionadora, implica como garantía material "la necesidad de una precisa tipificación de las conductas consideradas ilícitas y de las sanciones previstas para su castigo y, como garantía formal, que dicha revisión se realice en norma con rango de Ley***

(...)

*"Los principios de legalidad y de tipicidad están en estrecha relación, pues éste último es un modo especial de realización del primero. Así las cosas, en función de concretar los elementos necesarios para ejercitar la potestad sancionadora en el marco de las exigencias constitucionales, en la tarea legislativa tendiente a la descripción normativa de dichos elementos, es en donde opera el principio de tipicidad. Como exigencias de éste, se tiene que en el plano teórico, la tipicidad se desenvuelve mediante la previsión explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en la norma legal; **pero, en el terreno de la práctica, la anterior exigencia, conlleva así mismo la***

imposibilidad de calificar una conducta como infracción o sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por un sujeto, no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales. Así las cosas, decir que la conducta de un sujeto es típica, implica que existe una perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, debiendo rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva. La ausencia de tipicidad puede darse, no solo porque una conducta no está de ninguna manera prevista como falta en la Ley sino además porque, por ejemplo, el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento, se asemeja en mayor o menor medida a un tipo punitivo (falta disciplinaria) preestablecido, mas no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente. (Subrayado fuera de texto)

4. EN TODO CASO, SE DEBE PRECISAR QUE LA SANCIÓN MORATORIA DEPRECADA CON LA DEMANDA, NO ES UN EMOLUMENTO SOBRE EL QUE SE DEBA EXIGIR INDEXACIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado con anterioridad, de insistirse en la viabilidad de la sanción moratoria solicitada por la demandante, debemos precisar que la suma que resultare de cualquier eventual restablecimiento del derecho que se ordene para este caso, no es una suma que deba estar sujeta a indexación, pues de antaño la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa señaló la inviabilidad de su reconocimiento para el tema que nos ocupa.

19

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, señaló:

"(...) la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella (...)". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

A su turno, el Consejo de Estado- Sección Segunda, en sentencia del 8 de junio del año 2000 (Rad: 52001-23-31-000-1997-08702-01(2214-99), indicó:

"... Sin embargo, teniendo en cuenta que la sanción moratoria prevista en esa ley por no pago oportuno al trabajador del auxilio de cesantía, como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional, en estricto sentido, no es un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de esa prestación social, sino que ostenta el carácter de sanción, pues en el parágrafo de su Artículo 2º se establece que por cada día de retraso en su cancelación debe pagarse al beneficiario un día de salario, la verdad es que no resulta acertado ni el reclamo por parte de aquél, ni la cancelación al mismo en forma simultánea, de la referida sanción y de la indexación del valor de dicho auxilio, pues la primera cubre con creces la actualización monetaria..."

Así mismo, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en sentencia más reciente del 10 de noviembre de 2016, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso de radicación 08001-23-31-000-2011-00529-01(3852-2015), recalcó:

"(...) Finalmente, respecto de la indexación solicitada por la parte demandante, se estima que la misma no tiene vocación de prosperidad, por cuanto se entiende que la sanción moratoria que prevé el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no solo cubre la actualización monetaria sino que es incluso superior a ella". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

20

Así las cosas, siendo que conforme a todo lo señalado con anterioridad, es claro que la sanción por mora bajo su naturaleza es una figura excluyente con la indexación, queda claro que para el caso que nos ocupa mal podría el *a quo* consentir la concesión de la indexación deprecada con la demanda, ante una eventual orden estimatoria de las pretensiones perseguidas por la demandante.

EXCEPCIONES

Sin que ello constituya una aceptación de los hechos de la demanda, presento ante usted las siguientes excepciones:

- EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, y tal como vimos en los argumentos planteados en esta contestación, es menester señalar que el Municipio de Soledad es una entidad completamente independiente al ente responsable de la aprobación y pago de las prestaciones sociales deban ser reconocidas a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), tal como acontece en este caso con relación a las pretensiones de la parte actora. De allí que deba entenderse que mi representada no tiene legal ni contractualmente responsabilidad solidaria o subsidiaria con dicho fondo, y menos, con la entidad fiduciaria encargada del

manejo y administración de los recursos de dicho fondo. (Fiduciaria La Previsora S.A.)

En cuanto a ello, es claro que mi mandante no se encuentra legitimada por pasiva para conocer de la presente acción, pues no podría proferirse un fallo de fondo ni endilgarse responsabilidad alguna en contra de la misma cuando en el evento de que se llegare a conceder las pretensiones de la parte demandante, es claro que ésta no reconoce, rechaza o decide de forma alguna, si se otorga o no el reconocimiento de la prestación deprecada por la actora, en este caso, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, con fundamento entre otras normas, en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, norma que frente al caso que nos ocupa es clara al señalar:

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

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...
(Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Así mismo, con fundamento en lo señalado en el numeral 3 del artículo 15 de la previamente señalada, que dispone:

"3. Cesantías:

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

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

Así mismo, ha de recordarse que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, frente al tema aquí debatido, también dispuso:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las prestaciones sociales 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 se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial".* (Subrayado fuera de texto original).

De igual forma, se tiene que el Consejo de Estado en Jurisprudencia proferida por la Sección Segunda, Subsección "B" el (5) de Diciembre de 2013 en cuanto al expediente de Radicación N° 25000-23-25-000-2009-0467-01(2769-12) (Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve), ratificó la falta de legitimación por pasiva de las secretarías de educación del ente territorial al cual se circunscriba un afiliado al FOMAG, determinando entre otros aspectos que:

"(...)

*De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, **se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.***

22

En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en

debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional por ser incapaz, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados". (subrayado fuera de texto original).

Así pues, pese a que la ^{Calcepar} 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, es claro que con relación a las pretensiones de la demanda, no es otro sino el mismo FOMAG, a través del ente administrador de sus recursos, quien legalmente se encuentra legitimado para conocer de ésta acción, la cual no persigue cosa diferente que el reconocimiento y pago de una prestación pensional que claramente está y seguirá estando a cargo del FOMAG y su entidad administradora.

Luego entonces, al tener como representarse judicialmente y al ser el encargado de cancelar y responder por las prestaciones sociales de los afiliados a su fondo, el FOMAG o en su defecto, la Fiduprevisora S.A., son las únicas entidades que deben comparecer como demandadas en el proceso que nos ocupa, y no mi representada quien, como en argumentos anteriores de esta contestación se expuso, solo sirve de tramitador de las decisiones tomadas por el Fondo y en específico, por la entidad Fiduprevisora S.A., no así de cancelar el valor de cesantías e intereses sobre las cesantías que constituyen los aspectos centrales sobre los que versa el litigio de la referencia.

23

Por tanto, teniendo claro que no puede pretenderse condenar a mi mandante por hechos ajenos a su voluntad, máxime cuando esta se ha apegado a la ley para cumplir con las funciones que en razón de la Ley 91 de 1989, la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, les fueron confiadas, es menester declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de esta frente al litigio que nos ocupa.

- EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

Complementariamente a la excepción antes señalada, es viable que se declare la excepción de fondo de inexistencia de la obligación, pues de conformidad con los argumentos esbozados a lo largo de la presente contestación de demanda, quedó claro que no existe fundamento legal alguno que ordene o, más bien, que permita reconocer al demandante la sanción moratoria que este depreca.

Lo anterior sin olvidar, que en relación con mi poderdante no existe obligación de pagar emolumento alguno a favor de la demandante, pues dicha obligación se encuentra a cargo del FOMAG en los términos de la Ley 91 de 1989, del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y del Capítulo II del Decreto 2831 de 2005.

- EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

Si en gracia de discusión se considerara procedente el pago de la sanción moratoria deprecada por la parte demandante, se debe declarar la prescripción trienal de la sanción moratoria pretendida, con fundamento en las disposiciones del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969.

Así mismo debe tenerse en cuenta lo determinado a partir de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado No. 08001-23-31-000-2011-00628-01, Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, del 25 de agosto de 2016, en cuanto al momento en el que comienza a operar la prescripción.

MEDIOS DE PRUEBA

DOCUMENTALES

Presento ante usted los siguientes medios documentales de prueba:

1. Poder especial y de sustitución con el que actúo.
2. Decreto de Nombramiento y acta de posesión del Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Soledad.
3. Decreto de Delegación de funciones.

24

NOTIFICACIONES

Para todos los efectos legales, recibo notificaciones en la Secretaría del Tribunal y en mi oficina ubicada en la calle 77 B No. 57-103 Of. 2101 de la ciudad de Barranquilla y/o al correo electrónico info@chapmanyasociados.com.

Mi representada y su representante legal reciben notificaciones en la secretaría de su despacho o personalmente en el Km. 4, prolongación Murillo - Sede Granabastos, Local 6, Soledad - Atlántico y/o al correo electrónico ofijuridicanotificaciones@soledad-atlantico.gov.co.

De la Señora Magistrada, atentamente,



BRENDA CECILIA GONZÁLEZ VERGARA
C.C. 1.039.451.282 de Sabáneta - Antioquia
T.P. No. 205.678 del C. S. de la J.



PODER:
SOLEDAD, 16 DICIEMBRE DE 2019

SEÑORES:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
Magistrado Ponente Dra. Judith Romero
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ROSA ADARRAGA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SOLEDAD
RADICADO NO. 2019-00300
ASUNTO: OTORGAMIENTO DE PODER ESPECIAL

RICARDO ENRIQUE CUENTAS HERNÁNDEZ, mayor, de esta vecindad, identificado con cédula de ciudadanía N.º. 1.129.521.664 expedida en Barranquilla, Abogado en ejercicio con T. P. N.º. 212.400 del C. S. J. actuando en mi condición de JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA de la Alcaldía de Soledad (Atlántico), de acuerdo al Decreto de Nombramiento N.º 220 de fecha 17 de junio de 2019, que se anexa, en concordancia con las facultades delegadas por el Despacho del Señor Alcalde Municipal de Soledad para constituir apoderados judiciales, a través del Decreto N.º 418 del 8 de noviembre de 2017, respetuosamente acudo ante su despacho para manifestar, por este escrito que OTORGO PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUFICIENTE, en cuanto a derecho se refiere a la doctora **MIRNA WILCHES NAVARRO**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.476.798 expedida en Barranquilla (Atlántico), Abogada en ejercicio con. T. P. No 101.849 del C. S. J para que en nombre y representación del Municipio de Soledad, actúe dentro del proceso de la referencia en defensa de los derechos e intereses de la Administración Municipal.

El apoderado Judicial tiene amplias facultades para: Notificarse, ejercer defensa técnica, desistir, sustituir, Interponer Recursos, Acciones y Sustentarlos, proponer toda clase de excepciones e incidentes y acciones en forma general contradiciendo las pretensiones que originen la demanda.

Con la expedición y presentación de este poder se entienden revocados todos los conferidos anteriormente.

Sírvase reconocer personería suficiente a nuestro Apoderado Judicial en términos y condiciones del presente mandato que le permita actuar dentro del proceso.

Cordialmente,

RICARDO CUENTAS HERNÁNDEZ
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA
ALCALDÍA DE SOLEDAD ATLCO.

ACEPTO,

MIRNA WILCHES NAVARRO
C.C. No 22.476.798 de Barranquilla
T.P. 101.849 C.S. de la J.



Señores

Tribunal Administrativo del Atlántico

En su Despacho

Referencia: Acción : nulidad y Restablecimiento
 Demandante: Rosa elms adriana Lemos
 Demandado : Municipio de Soledad
 Radicación : 2019-06300

MIRNA WILCHES NAVARRO, abogada, identificada con cédula de ciudadanía número 22.476.798 expedida en Barranquilla y con Tarjeta Profesional No. 101.849 expedida por el Consejo Superior Judicatura, en mi condición de apoderada especial de Municipio de Soledad, dentro del proceso de la referencia, por este escrito manifiesto a usted que sustituyo el poder a mí conferido al doctor Brenda Cecilia González Vergara, identificado como aparece al pie de su firma, con la mismas facultades a mi concedidas.

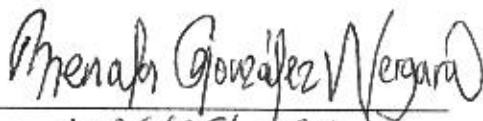
Señor Juez,

Sustituyo:



MIRNA WILCHES NAVARRO
 C.C. 22.476.798 de Barranquilla
 T.P. No 101.849 del C.S.J.

Acepto,



C.C. 1.039.451.282
 T.P No 205.678 del C.S.J



27

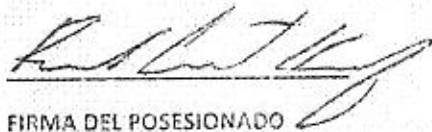
ACTA DE POSESION.

En el Municipio de Soledad, a los dieciocho (18) días del mes de junio de 2019 se presentó ante el Despacho del Alcalde de Soledad, el(la) señor(a) RICARDO ENRIQUE CUENTAS HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.129.521.664, con el fin de tomar posesión del cargo denominado Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, código 115 grado 03, según lo previsto en el decreto No. 220 de junio 17 de 2019, con efectos fiscales a partir de la fecha de su posesión.

Prestó el juramento ordenado por el artículo 122 de la Constitución Política.

Manifestó, bajo la gravedad de juramento, no estar incurso en causal alguna de inhabilidad general o especial, de incompatibilidad o prohibición de las establecidas en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, Ley 4 de 1995 y Ley 734 de 2022, y demás normas que adicionen, modifiquen o complementen.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 141 del Decreto 2150 de 1995 al momento de su posesión presentó cédula de ciudadanía.


FIRMA DEL POSESIONADO


SECRETARIA DE TALENTO HUMANO


ALCALDE



DECRETO N° 418
8 NOV. 2017

"Por medio el cual se delegan unas funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica"

El Alcalde municipal de Soledad, en uso de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, y en especial las que le otorgan los artículos 209 y 215 de la Constitución Nacional y la Ley 489 de 1998, artículo 9.

CONSIDERANDO

Que el artículo 315 de la Constitución Nacional arguye y asigna funciones y competencias a las Alcaldías Municipales entre las que se encuentran las de dirigir la acción administrativa del municipio, asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo y representar al ente territorial judicial y extrajudicialmente.

Que según el artículo 209 ibídem, establece, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Que según el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 sobre delegación, dispone que las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Que la Oficina Asesora Jurídica es un órgano de la administración que por su naturaleza se relaciona de manera permanente y específica con las actividades y actuaciones jurídicas que de una u otra forma interesan e involucran a la Administración Municipal de Soledad, y por lo tanto de conformidad con el marco jurídico que rige la función pública a fin de hacer eficiente y expedito esta facultad se considera pertinente delegar las funciones de representación judicial al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica según las condiciones establecidas en la ley como también en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales.

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: DELÉGUENSE en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal de Soledad, la representación judicial y extrajudicial del Municipio de Soledad. Para ejercer esta representación el delegatario podrá:

- a) Presentar, realizar o contestar a nombre del Municipio demandas, peticiones, consultas, solicitudes, requerimientos, y notificarse personalmente de todo tipo de providencias o actos administrativos, ante o de cualquier autoridad o entidad ejecutiva, legislativa, especial, militar, administrativa, judicial, o ente de control.
- b) Contestar o interponer en nombre del municipio todo tipo de demandas en ejercicio de cualquier acción o medio de control procurando la defensa o protección de los intereses de la entidad, impugnar, exceptuar, solicitar incidentes, o actuar en nombre del municipio en cualquier actuación judicial, prejudicial, extrajudicial, administrativa, sancionatoria, o arbitral en la que se requiera la representación del mismo.
- c) Designar discrecionalmente apoderados para que representen los derechos e intereses del ente territorial en cualquiera de los casos previstos en los literales a y b. El delegatario queda ampliamente facultado para recibir, tachar de falso, transigir, conciliar, desistir, disponer, sustituir, reasumir y revocar los poderes que otorgue en cualquiera de las etapas procesales o de la actuación pertinente y en general todas las facultades conferidas por ley.

www.soledad-atlantico.gov.co

Sede Granobastos,
Km. 4 prolongación Av. Murillo
Soledad, Colombia

328 29 98

alcaldia@soledad-atlantico.gov.co

