



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

Señor

JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE LETICIA

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CESAR MATIANZA VIANA

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG

RADICADO: 91001333300120210016200

Asunto: Contestación de demanda.

Yo, SAMUEL DAVID GUERRERO AGUILERA abogado en ejercicio, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía número 1032490579 de Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional No. 354085 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG, conforme con la sustitución de poder suscrito por el doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, abogado titulado, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., y portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292 del Consejo Superior de la Judicatura, quien esté a su vez se le fue conferido poder principal y general por parte del Dr. LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por el Ministerio de educación Nacional mediante resolución No. 014710 de 21 de agosto de 2018 “por la cual se hace un nombramiento ordinario”, por medio de la presente me permito presentar CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA del proceso de la referencia en los siguientes términos:

I. A LAS PRETENSIONES

Manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, sus declaraciones y condenas, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MINISTERIO de todo cargo.



De acuerdo con lo anterior, me pronuncio de manera individual a cada una de las pretensiones de la demanda:

DECLARATIVAS:

PRIMERA: Me **OPONGO**, a que se declare la nulidad del acto ficto negativo, producto del Silencio del Ente territorial, por medio de la cual se negó la solicitud hecha por el docente a reclamar el pago de sus cesantías anualizadas de los años 1994 y 1995.

SEGUNDA: Me **OPONGO**, a que se declare la nulidad del acto ficto negativo, producto del Silencio del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se negó la solicitud hecha por el docente a reclamar el pago de sus cesantías anualizadas de los años 1994 y 1995.

TERCERA: Me **OPONGO**, a que se declare que el demandante tiene derecho a que se le paguen cesantías anualizadas, con cargo al patrimonio de las entidades demandadas, por cuanto éstas sumas se encuentran prescritas, además que opera la falta de legitimación en la causa frente a ambas entidades.

CUARTA: Me **OPONGO**, a que se le pague al demandante una sanción mora que no es posible aplicarle por cuanto se encuentra en un régimen especial, en el cual la figura de la sanción mora por la consignación de cesantías no existe y no es aplicable, por la imposibilidad operativa que esta genera.

CONDENATORIAS:

PRIMERA: Me **OPONGO**, a que se condene a que se condenen a cualquier entidad pública de pagar sumas dinerarias prescritas, como son las cesantías de los años 1994 y 1995.

SEGUNDA: Me **OPONGO**, Me **OPONGO**, a que se condene a que se condenen a cualquier entidad pública de pagar la sanción mora por consignación extemporánea de las cesantías en el fondo, puesto que este fenómeno de consignación de las cesantías no es aplicable al régimen especial docente en materia de cesantías; a saberse, no se tiene como fecha límite de consignación el 15 de febrero de cada anualidad.

TERCERA: Me **OPONGO**, a que se condene a cualquier entidad pública a pagar intereses moratorios sobre cualquier condena, puesto que, en primer lugar, la condena no se podría efectuar, ya que las normas que pide el docente se le apliquen, son incompatibles con el régimen al que se encuentra vinculado, sin que esto signifique vulneración a derecho a la igualdad alguna.



Ahora, como dicho fallo solicitado sería ilegal, no hay lugar a su cumplimiento.

CUARTA: Me **OPONGO**, a que se nos obligue a pagar un fallo que ni siquiera será en sentido favorable de los demandantes.

QUINTO: Me **OPONGO**, a que se condene en costas a mi representada.

II. A LOS HECHOS

PRIMERO: Lo tomo como cierto pues se corrobora con los anexos allegados.

SEGUNDO: No es cierto, no es el departamento el responsable de la consignación de los recursos de cesantías, tampoco lo es el Fondo, los recursos provienen de la Nación, y se encuentran consignados años a año, pero lo que no se hizo en los años 1994 y 1995, fue la liquidación y reporte de estos, una labor meramente operativa, por parte de la entidad territorial.

TERCERO: No es cierto, lo dispuesto en la ley 50 de 1990 no aplica al régimen especial docente.

CUARTO: Lo tomo como cierto pues se corrobora con los anexos allegados.

QUINTO: No me consta, que se pruebe.

SEXTO: No me consta, que se pruebe.

SEPTIMO: No me consta, que se pruebe.

OCTAVO: No es un hecho, es la interpretación de un apartado normativo y una cita textual de la jurisprudencia, más no se narra ninguna situación de modo, tempo o lugar y frente al cual no cabe ningún pronunciamiento por parte de este apoderado.

III. EXCEPCIONES

MIXTAS:

- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN/ COBRO DE LO NO DEBIDO/ ILEGALIDAD DE LO RECLAMADO/ CARENCIA DE OBJETO LITIGIOSO

Partiendo de que la demanda versa sobre la aplicación del artículo 99 de la ley 50 de 1999, he de decir que los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo



cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Esto es sumamente importante tenerlo en cuenta, pues, aun cuando el Honorable Consejo de Estado en la Sentencia 2014-00254 de 2020, aseguró que se podría, por vía interpretación más favorable aplicar el artículo 99 de la ley 50 de 1999, referente a la sanción mora, lo hace es en obediencia de un fallo erróneamente motivado por la Corte Constitucional de Colombia, no como un fallo o una posición autónoma. No puede pretender ningún tribunal cambiar la naturaleza legal del FONDO, y así aplicarle normas de otro sistema o régimen de cesantías, por vía jurisprudencial.

El FOMAG, al ser una cuenta especial e independiente del Ministerio de Educación Nacional, no puede ser simplemente asimilado a un fondo privado de cesantías. Primero, en un Fondo de dicha naturaleza cada afiliado tiene una cuenta individual donde su empleador procede a efectuar la consignación del auxilio de cesantías, cosa que no pasa en el FOMAG, donde la masa de dinero es general e impersonal. A su vez, la afiliación al FOMAG es obligatoria para todo el servicio docente oficial, sin importar el nivel de su vinculación, ya sea esta de carácter Nacional, Nacionalizado o Territorial, cuando en los fondos privados prima en la autonomía de la voluntad a la hora de escoger alguno de los fondos. Por último, es importante recordar que el FOMAG se encuentra bajo una rígida aplicación del principio de legalidad presupuestal y de sostenibilidad fiscal, regla que no gobierna a los fondos privados de Cesantías, sometidos a dinámicas puramente contractuales o de mercado.

A su vez, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son pre pagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Por lo tanto, existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Frente a todo esto, es claro que la normatividad no es aplicable al caso concreto; así las cosas, debe terminarse el presente proceso de manera inmediata al no existir lugar a condena alguna contra las entidades que represento.

- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Ante todo, esto es menester recordar que la sanción creada por la ley 50 de 1999, en su artículo 99, es contra los empleadores de los docentes, no contra el FONDO al cual se consigna dicho auxilio o prestación social. De hecho, como toda vez que es el empleador quien no consigna en tiempo, o ni siquiera consigna, y es de los rendimientos financieros de los dineros puestos en un fondo que este se sostiene (hablando de los regímenes privados) es el Fondo quien sería víctima también del actuar del empleador y cargarlo con una demanda, no solo es ilegítimo, sino que es un sinsentido puesto que la obligación no reposaba en su cabeza. En fin, la sanción mora por consignación extemporánea



de las cesantías debe ser reclamada contra el empleador no contra la cuenta de depósito donde los dineros debían llegar.

Ahora quienes ostentan la calidad de empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimidad por pasiva.

Pero, aun así, debo recordarles que las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo. dicha actividad es una actuación meramente funcional, dirigida a llevar una traza de cuánto dinero sería entonces correspondiente a los recursos girados por causa del docente al fondo, y de ninguna forma traslada la carga de consignar recursos en el fondo, al ente territorial nominador.

- PRESCRIPCIÓN

Tal como se expone también en el acápite de fundamentos de derecho, se tiene que en el presente caso opera la prescripción trienal, ya que la solicitud hecha por el demandante solicitando todas las pretensiones no fue presentada sino hasta después de haberse cumplido dicho término, es decir, los tres años máximos para reclamar. Por lo tanto, el derecho se encuentra extinto.

PREVIAS:

- INEPTA DEMANDA

Es claro que lo persiguen los demandantes, no es el pago de prestación alguna, por cuanto esta ya se encuentra garantizada desde el presupuesto general de la Nación, y ya fue girado al FOMAG, por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito público. Lo que se busca es que se reporten esas cesantías y se reliquiden las mismas, por lo tanto, hay un error en la pretensión y está carece de objeto lícito. Por lo mismo, se configura la excepción previa de inepta demanda.

- SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE OFICIO

Solicito al Despacho reconocer oficiosamente las que resulten demostradas, o encuentre evidentes, en el curso del proceso y cuyas circunstancias obstruyan el nacimiento, o determinen la extinción de los efectos, en que se apoyan la demanda y que impidan parcial o totalmente el pronunciamiento judicial impetrado por el demandante inicial, en aplicación a lo ordenado por el artículo 282 del C.G.P.



DE MERITO:

- BUENA FE

Mi representado ha actuado de buena fe como quiera, que de acuerdo al trámite establecido en la Ley, los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de los docentes dependen no solo del correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos por parte de la entidad territorial que pertenece el docente y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino también de la disponibilidad presupuestal, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 38 de 1989 y demás normas que han modificado y/o adicionado, que regulan lo correspondiente al régimen presupuestal de las sociedades de economía mixta como lo es la Fiduprevisora S.A.

- IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS.

He de advertir señor juez que según la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado la condena en costas no puede ser objetiva, sino que esta ha de hacerse solo cuando se halle probado en el proceso su acusación. De esta forma debe ser esto regulado por lo que, de remisión expresa del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, regula el código general de los procesos.

A su vez, partiendo de la pacífica jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, solicito que solo se condene en costas a la parte que efectivamente con su conducta las cause. Si llegase a considerar que la parte vencida debe pagar las costas por el simplemente hecho de ser vencida, se estaría apartando de lo que ha dicho el Consejo de Estado. Pero, si en su lugar demuestra que el actuar de la parte ha sido sin fundamento o temerario, proceda a condenar las costas.

IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DEFENSA

NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados al servicio de la educación primaria y secundaria del Estado, efectuando el pago de dichas prestaciones, que correspondan al personal afiliado y sus beneficiarios, garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la mencionada ley.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, cabe reiterar que la Corte Constitucional ha considerado



que, se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional.

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 por lo que la norma preestablece que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la misma, el Ministerio de Educación Nacional y la sociedad fiduciaria (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.

Ahora bien, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., es una Sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto del Sector Descentralizado del Orden Nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, autorizada por el Decreto Ley No. 1547 de 1984 y constituida mediante Escritura Pública No. 25 del 29 de marzo de 1985 de la Notaría 33 del Círculo Notarial de Bogotá, transformada en Sociedad Anónima mediante Escritura Pública No. 0562 del 24 de enero de 1994 Notaría 29 del Círculo de Bogotá, autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio en la ciudad de Bogotá e inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriormente detalladas.

Una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA obrando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es preciso referirnos a la demanda de la referencia bajo los siguientes parámetros:

SOBRE LA SANCIÓN MORA CONTENIDA EN LA LEY 50 DE 1999 Y SOBRE LOS INTERESES A LAS CENSANTÍAS

La aplicabilidad de la ley 50 de 1999, es completamente imposible, puesto que la norma que se busca aplicar al caso concreto es incompatible con la calidad que ostenta el FOMAG, ya que el mismo no ostenta ni la calidad de empleador, como para requerírsele el pago, ni la calidad de fondo privado de cesantías, como para que se le aplique la norma solicitada por el demandante.

Como lo había dispuesto el Decreto Nacional 3752 de 2003:

Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004. Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Si bien puede pensarse que la sentencia del Consejo de Estado, la cual alega el demandante, la Sentencia 2014-00254, no comprende la demandante que, en realidad, la razón por la cual se aplicó el principio de favorabilidad al caso corresponde a una interpretación errónea de la situación hecha por la Corte Constitucional. Tal como lo afirma el Consejo de Estado mismo:

En armonía con el marco normativo reseñado en precedencia, la Subsección había sostenido la tesis de que los docentes oficiales, si bien servidores públicos en toda regla, no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional, al estudiar el ajuste del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 a los postulados de la Carta, pues en sentencia C-928 de 200613 señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. En aquella ocasión, puntualizó además que ello no redundaba en una violación del derecho a la igualdad porque «simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos¹⁴ es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna».

De esta forma es bastante claro que el negar lo solicitado no es, y nunca fue, una violación al principio de igualdad. Todo lo contrario, aplicar el principio de igualdad a sistemas claramente diferentes lo que hace es violar el principio de igualdad mismo. El principio de igualdad es la prohibición de dar trato diferente e injustificado a condiciones iguales, pero en el particular, el régimen docente es un régimen especial mucho más favorable, sin embargo, reglado, para los trabajadores del servicio docente estatal. No puede decirse que sea una situación diferente o injusta por lo tanto no es aplicable el principio a la igualdad.

Sin embargo, al encontrarse que año a año se hace un descuento de las cesantías desde el presupuesto general de la nación y de los fondos especificados por la Ley, no puede predicarse que no se consignen las cesantías a tiempo. A la larga, ¿Cómo va a saber el docente que sus cesantías no fueron consignadas? Si no posee una cuenta individual dentro del FOMAG. Todo esto demuestra una imposibilidad operativa dentro de la demanda, donde no es posible demostrar el hecho generador de la sanción que vendría siendo la consignación extemporánea de las cesantías.

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto en los extractos legales antes citados, se tiene que los docentes son pagos en por sus intereses a las cesantías en una forma diferente a la que cualquier otro trabajador que no ostente la calidad de docente podría percibirlos. Así las cosas, los docentes reciben su interés a la cesantía en alguna de las fechas estipuladas por Acuerdo interno del Fondo, y aprobado por la ley misma. Ahora, tal y como se demuestra en el certificado allegado junto con el presente memorial, se puede dar fe que al docente se les pagaron los intereses a las cesantías en una de las nóminas estipuladas para efectuar el pago. Por lo tanto, no hay lugar alguno a una condena por indemnización moratoria por un supuesto pago tardío o extemporáneo de los intereses.

V. PETICIONES

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones propuestas por esta arte.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración solicito al Despacho se sirva Desvincular de manera inmediatamente al FOMAG del presente proceso por tratarse de una demanda, en su vinculación es ilegal.

TERCERO: Solicito que previo traslado para alegar de conclusión se profiera sentencia anticipada, teniendo en cuenta para ello que, en el presente asunto se reúnen los presupuestos contemplados por el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080.

Sobre el particular, la norma en su parte pertinente reza:

“Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

(...) c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento. (...)”

VI. PRUEBAS

- Solicitamos que se oficie al ente territorial para que allegue todo el expediente administrativo de la petición.
- Solicitamos que se oficie al Ministerio de Hacienda y crédito Público, para que certifique el proceso mediante el cual se garantizan los recursos del FOMAG, en lo que a Cesantía docente se refiere.

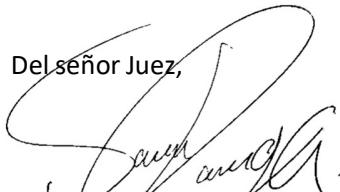
VII. ANEXOS

- Poder especial conferido a mi favor.
- Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo del 2019.
- Escritura Pública No. 480 del 03 de mayo de 2019.
- Certificado de extractos a las cesantías

VIII. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co. El suscrito apoderado en el correo t_sguerrero@fiduprevisora.com.co

Del señor Juez,



SAMUEL DAVID GUERRERO AGUILERA
C.C. No. 1032490579 de Bogotá D.C.
T.P. No. 354085 del C. S. de la J.
Revisó: t_mmendez