20201181765661
Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201181765661**
Fecha: **11-06-2020**

Señores
JUZGADO DOCE (12) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Dirección: Carrera 57 No. 43-91
E. S. D.

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUZ MYRIAM CORTES BUITRAGO
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-
RADICADO:	11001333501220190045300

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO identificada con cédula de ciudadanía número 1.018.443.763 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional 260125 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de LA FIDUPREVISORA S.A. N.I.T.: 860.525.148-5 en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo al poder conferido por el doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, apoderado general, tal y como consta en el poder general otorgado por su Representante Legal, Doctor CARLOS ALBERTO CRISTANCHO FREILE, a través de la Escritura Pública No. 0062 del 31 de enero de 2019, protocolizada en la Notaría Veintiocho del Circulo Notarial de Bogotá D.C.; por medio de la presente manifiesto que renunció a término de ejecutoría y procedo a CONTESTAR LA DEMANDA del proceso de la referencia en los siguientes términos:

A LOS HECHOS

A continuación, se dará respuesta a cada uno de los hechos relatados por la parte actora dentro de la demanda, en los términos siguientes:

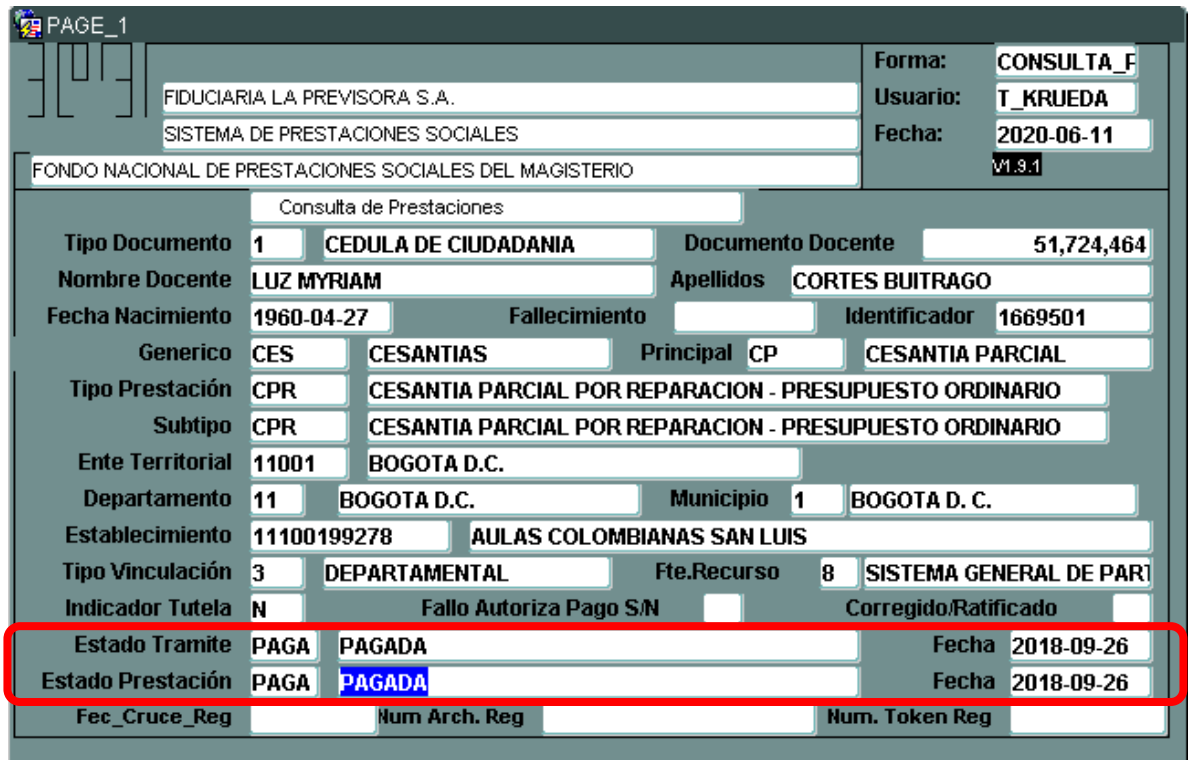
PRIMERO: **NO ES UN HECHO.** Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.

SEGUNDO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.

TERCERO: PARCIALMENTE CIERTO. De acuerdo a los soportes documentales se evidencia que la señora LUZ MYRIAM CORTES BUITRAGO presento solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, el día 26 de octubre de 2017.

CUARTO: ES CIERTO: Mediante resolución 8298 del 22 de agosto de 2018 se reconoció y ordeno el pago de las cesantías parciales tal y como consta en la documentación adjunta con la demanda.

QUINTO: NO ES CIERTO. La cesantía fue pagada el día 26 de septiembre de 2018 tal y como se evidencia a continuación. Veamos.



SEXTO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.

SEPTIMO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.

OCTAVO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.

NOVENO: ES CIERTO. El docente solicito reconocimiento y pago de sanción moratoria el día 29 de abril de 2019, tal y como consta en la documental allegada al expediente.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

DECIMO: NO ES CIERTO. Mediante comunicación de fecha 14 de agosto de 2019 con radicado No. 20191091889251, se otorgó respuesta a la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria de la siguiente manera

.

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20191091889251**
Fecha: **14/08/2019**

Señor(a)
JULIAN ANDRES GIRALDO MONTOYA
CRA 58 No 44 31 BR LA ESMERALDA
BOGOTA - D.C.

ASUNTO: RESPUESTA A DERECHO DE PETICIÓN RES 8298
DOCENTE: LUZ MYRIAM CORTES BUITRAGO **CC.** 51724464
RADICADO: 20190321795642

Respetado(a) señor(a),

En atención a su petición radicada en FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el día 31 de mayo de 2019 y mediante la cual solicita "*aprobación y pago efectivo de la sanción por mora con ocasión al pago tardío de cesantías parciales y/o definitivas*", establecida en la Ley 1071 de 2006, es pertinente indicar lo siguiente:

Una vez consultado el aplicativo oficial del Fondo, nos permitimos informarle que su solicitud fue aprobada con el radicado NURF 2019CES763751 y número de identificador 1791319. No obstante, se precisa que los recursos destinados para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son de origen legal, de conformidad a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989 y la Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias en virtud de lo dispuesto por los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación, entre otros.

Por lo anterior, estos recursos tienen como fuente la Nación, Sistema General de Participaciones (SGP) - Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET), los aportes parafiscales de docentes y pensionados. Estos recursos son incorporados en el Presupuesto General de la Nación, en la sección presupuestal del Ministerio de Educación Nacional y es aprobado anualmente por el Congreso de la República y liquidado mediante Decreto por el Gobierno Nacional. Con base en estos recursos se aprueba el presupuesto de FOMAG para el pago de prestaciones económicas y sociales de los docentes de todo el país, toda vez que el trabajo y su remuneración, incluidas las cesantías tienen especial protección de rango constitucional, razón por la que, FIDUPREVIOSRA S.A., como vocera y administradora de FOMAG, debe dar cumplimiento al mandato legal y contractual, priorizando el pago de las cesantías parciales y definitivas.

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a las pretensiones de la demanda frente a la condena por sanción moratoria, en los fundamentos de la defensa y acorde con lo que resulte probado dentro del proceso. En términos precisos la oposición a las pretensiones se fundamenta en las siguientes razones:

DECLARATIVAS

PRIMERA: ME OPONGO, como quiera que no es cierto la configuración del acto ficto negativo o presunto frente a la solicitud de pago de la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías radicada el día 29 de abril de 2019, pues se otorgó respuesta el 14 de agosto de 2019 con radicado No. 20191091889251.

SEGUNDA: ME OPONGO A que se declare que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) debe reconocer y pagar la sanción moratoria solicitada, toda vez que no es procedente.

CONDENATORIAS

PRIMERA: ME OPONGO A que a título de nulidad y restablecimiento de derecho se ordene a NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer y pagar sanción moratoria toda vez que la misma no es procedente.

SEGUNDA: ME OPONGO pues la sentencia en si ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma.

TERCERA: ME OPONGO A que a título de nulidad y restablecimiento de derecho se ordene a NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer de manera adicional a una posible sanción moratoria el valor de reajuste el índice de variación de precios del consumidor, pues esta postura contraría la sentencia de unificación 00580 del 2018 del Consejo de Estado donde se señala que la sentencia que reconoce la sanción moratoria *"simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico"*[1].

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, 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.

La naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, se rechaza de forma categórica esta pretensión.

CUARTA: ME OPONGO A que a título de nulidad y restablecimiento de derecho se ordene a NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE

[1] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018. C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) al reconocimiento de intereses moratorios en la medida en que estos, involucran un componente «inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero[2]», de manera que al igual que la indexación, podrían ser una doble carga que afectaría seriamente los recursos públicos si se imponen de forma simultánea con la sanción moratoria. Los intereses moratorios constituyen *"el mecanismo para dar respuesta al retardo al pago de prestaciones sociales, la cual incluye la orientación a impedir que estas devengan irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios"*[3]. En ese sentido no es aceptable que se imponga a la Administración el deber de responder por el retardo, mediante la aplicación de la sanción moratoria como con los intereses moratorios, ya que ello supondría una violación al non bis in ídem.

La jurisprudencia frente a los intereses moratorios ha reconocido su carácter sancionatorio y su capacidad de actualización del poder adquisitivo, señalando que no solo llevan *"implícita esa actualización de la moneda y más, por tratarse de una sanción, se itera, equivalente a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago»"*[4].

QUINTA: ME OPONGO, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legitima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el articulo 365 Código General del Proceso.

FUNDAMENTOS DE DEFENSA

DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

FIDUPREVISORA ACTUA ÙNICA Y EXCLUSIVAMENTE CÓMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÒNOMO - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG.

Es preciso indicar que FIDUPREVISORA S.A. respecto del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la escritura pública número 0083 de 21 de junio de 1990 actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG, esto, en cumplimiento de las obligaciones contractuales que se desprenden del mencionado contrato, por tal motivo se aclara que los recursos administrados provienen del Fondo de Prestaciones sociales del magisterio que si bien es cierto son recursos públicos su disponibilidad depende y se

[2] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia del 27 de Agosto de 2014. M.P: Gustavo Hernando López Algara.
[3] Ibíd.
[4] Ibíd.

condicionan a las instrucciones del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional.

Por lo anterior, los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG no pueden administrarse al arbitrio propio de Fiduprevisora S.A. toda vez que se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial e incluso en delitos toda vez que para los pagos que deben realizarse debe necesariamente existir previa instrucción del fideicomitente.

LOS BIENES FIDEICOMITIDOS NO SON DEL FIDEICOMITENTE.

De igual manera, establece el artículo 1226 del Código de Comercio que la fiducia mercantil es un negocio en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario". (Subrayado extra textual).

Debemos advertir que de conformidad con lo previsto en el Código Civil, la transferencia de la propiedad su-pone la tradición del bien o bienes, esto es, la realización de un modo de adquirir el dominio de propiedad, que consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, existiendo la facultad e intención de transferir el dominio.

Así las cosas, tenemos que por razón de la tradición del dominio del fideicomitente al fiduciario por virtud de un título traslaticio -fiducia mercantil- el fiduciario adquiere el dominio de la cosa recibida, como titular de un patrimonio autónomo constituido, razón por la cual la elaboración del contrato de fiducia no sólo implica la transferencia de la propiedad sino la constitución, por expresa disposición legal, de un patrimonio autónomo, afecto a la finalidad prevista en el acto constitutivo.

En consecuencia, si por la tradición se realiza o ejecuta el justo título, en este caso la fiducia mercantil, por cuya virtud se transfiere el dominio sobre unos bienes a un nuevo sujeto de derechos, resulta que los bienes ya no le pertenecen al fideicomitente, y por ende, no pueden ser objeto de ninguna medida cautelar en procesos contra éste, porque se estaría procediendo contra bienes ajenos.

ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Debe señalarse que el término mediante el cual la secretaria de educación tenía para dar contestación a la solicitud de cesantías era hasta el diecisiete (17) de noviembre de 2017, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de las mismas se realizó el día 26 de octubre de 2017 No obstante, el acto administrativo No 8298 que accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido hasta el 22 de agosto de 2018.

El 04 de septiembre de 2018, el acto administrativo quedó en firme, por lo tanto, a partir de este momento se cuenta el término para el ente pagador de cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago, es decir hasta el dieciocho (18) de octubre de 2018 y las mismas fueron pagadas el día 26 de septiembre de 2018.

es claro que si en gracia de discusión existiere mora en el pago de las cesantías, lo cierto es que la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, en este caso, la Secretaría de Educación de Bogotá, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación economía, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

I. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Se propone la falta de legitimación en la causa como medio exceptivo, atendiendo a que la Fiduciaria la Previsora S.A., es una entidad de economía mixta que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este a su vez es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades reconozcan a su planta de personal docente, en tanto que la Previsora es una simple administradora de recursos que no está llamada a ser legitimada en la causa por pasiva en el presente evento, además porque no está avalada para consentir actos administrativos.

II. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

En el caso concreto se evidencia sin lugar a dudas, que el ente territorial fue quien incurrió en el retardo en la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías solicitadas, tan es así que desde la fecha de la resolución No 8298 de fecha 26 de octubre de 2017 se puso a disposición de la demandante el dinero el día 26 de septiembre de 2018.

De ser procedente el reconocimiento de sanción moratoria es menester que se tenga en cuenta la responsabilidad del ente territorial, pues se ha evidenciado que FIDUPREVISORA S.A, ha efectuado las actuaciones correspondientes de manera expedita.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

III. EXCEPCIÓN DE BUENA FE

Tal como se especificó en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación, esta se expido a favor del demandante. De igual manera actúa de buena fe la entidad, cuando es respetuoso de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento Constitucional y Procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando el patrimonio público.

IV. CONDENA EN COSTAS

En consideración a que hasta la fecha no existe criterio unificado respecto de la condena en costas por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia como tampoco por parte del Consejo de Estado, deberá acogerse el pronunciamiento de la Sección Segunda – Subsección "B" del Consejo de Estado, en el sentido que el fallador debe valorar la conducta de las partes:

> *"(…) supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas de procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (…)"*

Bajo este contexto, si en gracia de discusión hubiese lugar a una sentencia condenatoria, solicito respetuosamente al Despacho que no se condene en costas a mi representada.

Descendiendo al caso en concreto, y como quiera que la demanda fue interpuesta previo pago de la sanción por mora en sede administrativa, solicito respetuosamente al Despacho, que se condene en costas a la parte demandante, como quiera que la obligación que pretende en sede judicial ya se encontraba satisfecha para la fecha en que se radico la presente acción, circunstancia que en todo caso omitió manifestar en el líbelo introductor.

IMPOSIBILIDAD DE INDEMNIZAR CONJUNTAMENTE INTERESES MORATORIOS Y SANCIÓN MORATORIA

La Corte Constitucional ha señalado que la sanción moratoria y los intereses moratorios cumplen una doble función: servir de apremio al empleador moroso y salvaguardar el ingreso del trabajador de los efectos adversos de la disminución del poder adquisitivo, y en tal sentido son

mecanismos dirigidos a proteger la retribución por el servicio personal del empleado[5]. El Alto Tribunal ha indicado que se trata de institutos que responden a las siguientes características definitorias: i) Son mecanismos que buscan desincentivar el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones, insolutas al momento de terminar la relación laboral; ii) Encuentran sustento constitucional en la necesidad de proteger la remuneración del trabajador que, al finalizar su vínculo laboral queda desprotegido económicamente, lo que obliga al pago oportuno de las acreencias debidas.

Ello implica que no es posible hacer confluir los intereses moratorios con la sanción moratoria porque ambos buscan preservar el poder adquisitivo y pretenden proteger al empleado del retardo de la obligación o prestación principal, y en ese sentido no es lógico ni razonable pedir que se indemnicen simultáneamente estos valores, ya que ello supondría que la Administración tenga que realizar dos pagos diferentes que provienen de una misma fuente jurídica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como normas aplicables a la presente contestación, la Ley 91 de 1989, Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; la Ley 244 de 1995; La Ley 1071 de 2006; artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 de 1948.

PRUEBAS

Solicito respetuosamente al Despacho, se decreten las que oportunamente fueron allegadas al expediente

ANEXOS

1. Poder especial conferido a mi favor.
2. Escritura Pública No. 0062 del 31 de enero de 2019, protocolizada en la Notaría Veintiocho del Circulo Notarial de Bogotá D.C.

[5] Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

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, t_krueda@fiduprevisora.com.co.

Cordialmente,

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO
CC. No. 1.018.443.763 de Bogotá
T.P No. 260125 del C.S. de la

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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