



20201181198511

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201181198511**
Fecha: **15-04-2020**

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:

ADRIANA DEL PILAR FUQUENE CUADRADO

DEMANDADO:

NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

RADICADO:

11001333501220190039300

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.

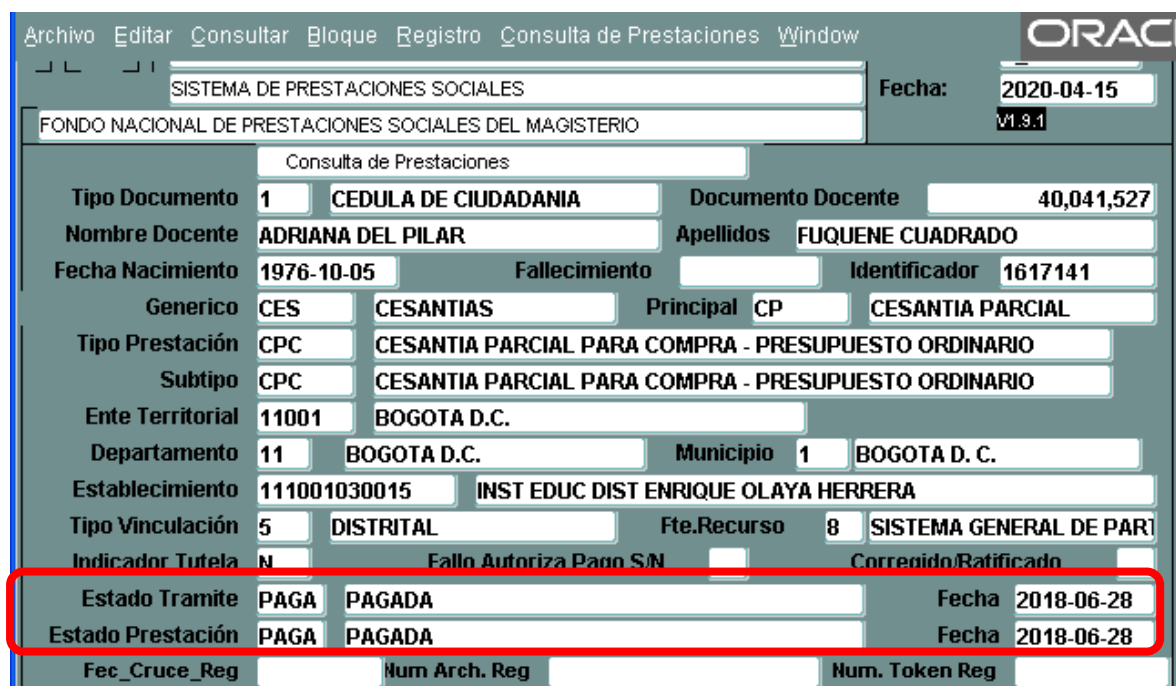
SEGUNDO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.



TERCERO: PARCIALMENTE CIERTO. De acuerdo a los soportes documentales se evidencia que la señora ADRIANA DEL PILAR FUQUENE CUADRADO presento solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parcial para la compra de vivienda, el día 11 de mayo de 2017.

CUARTO: ES CIERTO: Mediante resolución 3302 del 23 de marzo de 2018 se reconoció y ordeno el pago de las cesantías parciales tal y como consta en la documentación adjunta con la demanda.

QUINTO: ES CIERTO. La cesantía fue pagada el día 28 de junio de 2018 tal y como se evidencia a continuación.



Archivo Editar Consultar Bloque Registro Consulta de Prestaciones Window

SISTEMA DE PRESTACIONES SOCIALES Fecha: 2020-04-15

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO V1.9.1

Consulta de Prestaciones

Tipo Documento	1	CEDULA DE CIUDADANIA	Documento Docente	40,041,527
Nombre Docente	ADRIANA DEL PILAR		Apellidos	FUQUENE CUADRADO
Fecha Nacimiento	1976-10-05	Fallecimiento		Identificador 1617141
Generico	CES	CESANTIAS	Principal CP	CESANTIA PARCIAL
Tipo Prestación	CPC	CESANTIA PARCIAL PARA COMPRA - PRESUPUESTO ORDINARIO		
Subtipo	CPC	CESANTIA PARCIAL PARA COMPRA - PRESUPUESTO ORDINARIO		
Ente Territorial	11001	BOGOTA D.C.		
Departamento	11	BOGOTA D.C.	Municipio 1	BOGOTA D. C.
Establecimiento	111001030015	INST EDUC DIST ENRIQUE OLAYA HERRERA		
Tipo Vinculación	5	DISTRITAL	Fte.Recurso 8	SISTEMA GENERAL DE PART
Indicador Tutela	N	Fallo Autoriza Pago S/N	Corregido/Ratificado	
Estado Tramite	PAGA	PAGADA	Fecha	2018-06-28
Estado Prestación	PAGA	PAGADA	Fecha	2018-06-28
Fec_Cruce_Reg		Num Arch. Reg		Num. Token Reg

SEXTO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva realizada por el apoderado de la parte actora.

SEPTIMO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva realizada por el apoderado de la parte actora.

OCTAVO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva realizada por el apoderado de la parte actora.

NOVENO: ES CIERTO. La docente solicito reconocimiento y pago de sanción moratoria el día 05 de marzo de 2019, tal y como consta en la documental allegada al expediente.

DECIMO: NO ES CIERTO. Mediante oficio No. 20191090879971 de fecha 30 de abril de 2019 se otorgo respuesta a la petición de la siguiente manera.

20191090879971

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: 20191090879971

Fecha: 30/04/2019

Señor(a)

JULIAN ANDRES GIRALDO MONTOYA

CARRERA 7 No 18 42 LOCAL 105 CC MONSERRATE

BOGOTA - D.C.

ASUNTO: RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SANCIÓN POR MORA

DOCENTE: ADRIANA DEL PILARFUQUENE CUADRADO C.C 40041527

RADICADO: 20190321110492

Respetado 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 09 de abril de 2019 y mediante la cual solicita "reconocimiento 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 verificada la documentación aportada en su petición, se evidenció que la misma se encuentra incompleta, teniendo en cuenta el comunicado N° 011 de fecha 02 de abril de 2018, denominado "Reiteración de cambios a los procesos de Sentencias Judiciales y pago de sanción por mora por vía administrativa", el cual se encuentra debidamente publicado en la página oficial de FOMAG, que podrá ser consultado en el siguiente link: <http://www.fomag.gov.co/seccion/secretarias-de-educacion/comunicados-secretarias.html>.

En consecuencia, nos permitimos informar que previo a proceder al estudio de su solicitud, se hace necesario contar con la totalidad de los documentos que se relacionan a continuación:

- ✓ Petición con datos mínimos (nombre completo del docente, número de identificación, y de la dirección o correo electrónico donde recibirá correspondencia).
- ✓ Fotocopia de cédula de ciudadanía del docente y la del apoderado si es el caso.
- ✓ Si actúa con apoderado, poder debidamente autenticado.
- ✓ Fotocopia del acto administrativo que reconoció las de cesantías parciales y/o definitivas y que dio origen a la sanción.
- ✓ Soporte de cobro y/o recibo de pago de la cesantía.
- ✓ Firma del peticionario cuando fuere el caso.

Por lo anterior, le comunicamos que una vez se remita la completitud de los documentos faltantes en su petición, se procederá a dar inicio a las respectivas actuaciones administrativas, con el fin de establecer si hay lugar a la causación o no de la sanción por mora solicitada por Usted, lo anterior toda vez que verificado el poder adjunto carece de la autenticación.

Cabe señalar que cuenta con el término de un mes para aportar la documentación requerida en la presente comunicación, superado este término sin que hayamos obtenido los respectivos soportes, la petición del asunto se entenderá por desistida, de conformidad con el artículo 17 de la ley 1755 de 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

De igual manera se aclara que esta comunicación no tiene carácter de acto administrativo por cuanto FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG - no tiene competencia para expedirlo, dado que es una entidad financiera que se rige por la normatividad del derecho privado.

Cordialmente;

Gerencia de Mercadeo, Servicio al Cliente y Comunicaciones

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 05 de marzo de 2019, toda vez que se le dio respuesta mediante oficio No. 20191090879971 de fecha 30 de abril de 2019.

SEGUNDA: ME OPONGO. A que se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado el día 05 de junio de 2019, frente a la petición radicada el 05 de junio de 2019 teniendo en cuenta que no hay prueba que demuestre el mismo.

TERCERA: 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 la sanción moratoria solicitada, toda vez que no es procedente teniendo en cuenta los argumentos que se exponen en las consideraciones de la contestación.

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

TERCERO: ME OPONGO, se rechaza el reconocimiento de intereses moratorios en la medida en que estos, involucran un componente «inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero¹», 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*

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia del 27 de Agosto de 2014. M.P: Gustavo Hernando López Algara.

*adquisitivo de los signos monetarios*². 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»”*.

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

FUNDAMENTOS DE DEFENSA

DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

FIDUPREVISORA ACTÚA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO - 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 AUTÓNOMO 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 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.

² Ibíd.

³ Ibíd.

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 traslativo -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.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el presente caso debe señalarse que el término mediante el cual la secretaria de educación tenía para dar contestación a la solicitud de cesantías era hasta el primero (1) de junio de 2017, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de las mismas se realizó el día 11 de mayo de 2017. No obstante, el acto administrativo No 3302 que accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido hasta el 23 de marzo de 2018.

El 09 de abril 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 veintitrés (23) de mayo de 2018 y las mismas fueron pagadas el día 28 de junio 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 3302 de fecha 23 de marzo de 2018 se puso a disposición de la demandante el dinero el día 28 de junio 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.

III. EXCEPCIÓN DE BUENA FE

Tal como se especificó en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación, esta se expidió 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 libelo 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 empleado⁴. 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

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.



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.

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