



JUZGADO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-6 FEB 2020
RECIBIDO

G 9 8 9



Al contestar por favor cite:

Radicado No.: 20201180463861

Fecha: 04-02-2020

Señores
JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Carrera 57 No. 43-91
E. S. D.

CORRESPONDENCIA RECIBIDA

04 FEB 5 PM 4 53

OFICINA DE APOYO JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

236000

RADICADO No.	11001333501620170034600
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	FLOR MARIA CAÑÓN MOYA
DEMANDADO	FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA, mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma en calidad de apoderada sustituta de LA FIDUCIARIA LA PREVISORA 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 del presente escrito, encontrándome dentro del término legal, procedo a CONTESTAR LA DEMANDA, en el mismo orden metodológico planteado por la parte actora:

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 FIDUPREVISORA S.A de todo cargo.

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

1. Me opongo a que se declare la nulidad del oficio No. 20160161129241 de 5 de octubre de 2016, toda vez que el acto administrativo expedido por el ente territorial se encuentra revestido de los principios del Derecho Administrativo y del sistema de seguridad social en pensiones.

2. Me opongo a la suspensión de descuentos destinados a los aportes en salud en las mesadas adicionales, como quiera que dichos descuentos fueron previstos por el legislador, razón por la que fulminar condena por lo ya referido, implica no solo el desconocimiento de lo preceptuado por ley sino el desconocimiento de los principios del derecho a la seguridad social, V.Gr., sostenibilidad financiera y solidaridad.
3. Me opongo al reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales, como quiera que dichos descuentos fueron previstos por el legislador, razón por la que fulminar condena por lo ya referido, implica no solo el desconocimiento de lo preceptuado por ley sino el desconocimiento de los principios del derecho a la seguridad social, V.Gr., sostenibilidad financiera y solidaridad.
4. Me opongo, pues ante la improcedencia del reajuste y/o reintegro de las pretensiones precedentes, deviene en improcedente lo solicitado en este numeral.
5. Me opongo, pues ante la inexistencia de orden en sede judicial, deviene en improcedente lo solicitado en este numeral, aunado a que la sentencia en sí ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma.
6. 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 costa 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.

II. A LOS HECHOS

PRIMERO: Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

SEGUNDO: Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

TERCERO: Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

CUARTA: No me consta, como quiera que no existe documental que me permita referirme sobre el particular. No obstante, lo cierto es que los mentados descuentos atienden a los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

QUINTA: No me consta, como quiera que es un hecho ajeno a mi representada, razón por la que me es imposible referirme sobre el particular.

SEXTA: Es cierto, y ello es así en vista de que dicha negativa se encuentra debidamente motivada.

SÉPTIMA: No me consta, como quiera que no existe documental que me permita referirme sobre el particular.

III. FUNDAMENTOS DE DEFENSA

Como fundamento de esta defensa se tiene el siguiente recuento normativo y jurisprudencial que se pasa a exponer:

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que señala:

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

Es importante, precisar que el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA

Como fundamento de esta defensa se tienen el siguiente recuento normativo y jurisprudencia que se pasa a exponer:

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 estableció que, la gestión y pago de las pensiones, así como el procedimiento y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes, estaría a cargo del FOMAG:

"El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos: [...]"

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. [...]"

Así pues, es claro que, por autoridad de la citada Ley es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada, incluyendo las mesadas adicionales cualquiera que sea su naturaleza.

Posteriormente, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 previó que, el régimen de cotización de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003:

"[...] El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud. [...]"

El inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-369 del 27 de abril de 2004, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet; siempre que dicho precepto sea interpretado así:

"...6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable

pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes 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 Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - ‘corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores’. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.”

Aunado a lo anterior, es preciso señalar lo dispuesto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así:

“Monto y distribución de las Cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el Plan de Salud Obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207 y la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación de que habla el artículo 222.

PARÁGRAFO 1º. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley.”

De igual manera, es importante resaltar el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso que:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Así, el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, misma que estipula que en dicho descuento deben estar incluidas las mesadas adicionales.

Además, es claro que la Ley 812 de 2003 modificó la norma únicamente respecto del personal docente lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, mas no modificó su régimen pensional.

Posteriormente, la Ley 1250 de 2008, en su artículo 1 adicionó al artículo 204 de la Ley 100 de 1993:

"Artículo 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. (...) La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional", (...)"

Corolario de lo expuesto, con fundamento a lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, situación que conllevó que a los mismos se les aumentará el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, pues de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a reducir un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen.

Por último, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado en Sentencia de 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 2015-02164-00, manifestó:

“En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, dichos descuentos son legales, puesto que los docentes afiliados al FOMAG gozan de un régimen pensional excepcional y a su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previó que deben efectuar los aportes en salud, conforme con lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto es, bajo el régimen general del (12%), por lo que no existe ninguna norma que exima a los docentes de efectuar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales.”

COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso establece que las costas deben ser debidamente demostradas

Art. 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Es así, como el artículo citado previamente remite de manera expresa al Estatuto Procesal que será aplicable, el cual corresponde a la Ley 1564 de 2012.

Código General del Proceso.

Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

[...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...](Subrayado fuera de texto)

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva

La condena en costas no es objetiva, se desvirtuar la buena fe de la entidad

El despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte

que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

11, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda

12 de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

V. EXCEPCIONES MIXTAS

I. DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: La creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la idea de solucionar los frecuentes problemas relacionados con el pago de las prestaciones sociales de los maestros, la ley 91 del 29 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Su creación se hizo en la siguiente forma:

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

sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen."

De acuerdo a lo anterior, La Nación - Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá.

FIDUPREVISORA ACTUA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE CÓMO 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 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 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 supone 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.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS.

El patrimonio autónomo es una individualidad jurídica propia, de creación legal expresa, afecto a una finalidad determinada, cuyos bienes o activos responden por las obligaciones de carácter patrimonial que se adquieran en el cumplimiento de la finalidad.

Su tipificación en el Código de Comercio obedece a la teoría objetiva o económica de origen alemán que le reconoce al patrimonio autónomo una individualidad jurídica propia afecta a una finalidad determinada, de conformidad con las características señaladas en los artículos 1227 y 1233 de dicho código, es decir, que los bienes que lo conforman no forman parte de la garantía general de los acreedores de la fiduciaria y que solo garantizan las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad de la fiducia.

No obstante que los patrimonios especiales han recibido diferentes denominaciones por la doctrina, tales como de afectación, de destino, separados y patrimonios autónomos, entre otros, esta última denominación es la que ha acogido y definido la ley colombiana.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, debe celebrar y ejecutar diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiéndolo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario debe informar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS COMO SUJETOS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.

El patrimonio autónomo no es un ente con personería ni identidad jurídica, pero puede adquirir derechos y contraer obligaciones, tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, por lo que puede, entre otros, contratar, endeudarse, demandar y ser demandado.

En consecuencia, los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones y convencionalmente derivados de los actos u contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

En conclusión, es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva, de LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., atendiendo a que 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.

VI. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

I. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD

Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

II. INAPLICABILIDAD DE INTERESES DE MORA

En lo concerniente a los intereses de mora, tenemos que los mismos se encuentran consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a través del cual establece:

"ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago"

Teniendo en cuenta la normatividad anteriormente mencionada, se logra evidenciar que la misma es única y exclusivamente aplicable para las personas que le es aplicable al régimen de prima media regulado en la misma Ley 100 de 1993, y no para los regímenes especiales, como en el caso en concreto encontramos que la demandante, se encuentra amparada por la normatividad aplicable a los docentes que se encuentren o hayan encontrado vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, en caso de encontrar aplicable la normatividad regulada en la Ley 100 de 1993, me permito manifestar que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios alegados con la demanda, son improcedentes toda vez que la discusión del derecho a la reliquidación será objeto de estudio dentro del presente proceso; razón por la cual en la actualidad no se encuentran supuestos facticos y jurídicos que logren acreditar tal derecho; y mucho menos la procedencia de intereses moratorios sobre un derecho que aún no se encuentra reconocido.

III. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO

En consideración a que, la Entidad que represento liquido la pensión de jubilación de la demandante de conformidad con las normas vigentes y aplicables al caso concreto, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran debidamente satisfechos y en consecuencia el acto administrativo acusado no viola las disposiciones incoadas por la parte actora, por tanto, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, no siendo viable el pago de sumas por este concepto.

IV. PRESCRIPCIÓN DE MESADAS

A pesar de lo que se ha venido indicado y se insiste en que, mi representada no desconoció los mandatos legales a la hora de expedir el acto administrativo del cual se deprecia su nulidad, llegado el caso de existir una remota posibilidad de ser condenada dicha entidad, solicito muy respetuosamente se declare la prescripción con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, el cual desarrolla el tema de prescripción respecto del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales:

Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Por su parte el artículo 151 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 DE 1948, dispone:

ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador},

sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Por su parte el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA¹, sostuvo:

“...

En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política¹⁴ los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes...”

V. COMPENSACIÓN

De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

VI. SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Al respecto, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determino que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

VII. 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

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA; Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16; veinticinco (25) de Agosto de dos mil dieciséis (2016) Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.

Procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando el patrimonio público.

VIII. LA CONDENA EN COSTAS NO ES OBJETIVA, SE DESVIRTUAR LA BUENA FE DE LA ENTIDAD

El despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

11, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda

12 de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

IX. GENÉRICA.

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación del hecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

VII. 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; El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 DE 1948.

VIII. PRUEBAS

Solicitamos se tengan con pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.

IX. ANEXOS

Memorial poder de sustitución conferido a la suscrita, junto con la representación Legal.

X. 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.

Del señor(a) Juez,


ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA

CC. No. 1.022.376.765 de Bogotá

T.P. No. 267.625 del C.S.J.

Elaboro: t_juargas

Reviso: Javier Antonio Silva Monroy

"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 corresponsalia 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.

Señores
JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 11001333501620170034600

Demandante: FLOR M CAÑON MOYA

Demandados: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS identificado con Cédula de Ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292 del Consejo Superior de la Judicatura en calidad de apoderado/a de:

1. LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, NIT. 899.999.001-7, conforme al poder general otorgado por el doctor LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, mediante la escritura pública No. 522 del 28 de Marzo del 2019, en la Notaría Treinta y Cuatro del Círculo Notarial de Bogotá D.C.

Y/O

2. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., NIT. 860.525.148-5, en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme al poder general otorgado por su Representante Legal, el doctor CARLOS ALBERTO CRISTANCHO FRAILY, a través de la escritura Pública No. 062 del 31 de enero de 2019, protocolizada en la Notaría Veintiocho del Círculo Notarial de Bogotá D.C.

Manifiesto ante su Despacho que SUSTITUYO PODER a los abogado ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA, identificado/a con la Cédula de Ciudadanía No. 1.022.376.765 de Bogotá D.C. y portador de la Tarjeta Profesional No. 267625 del C.S. de la J, y al abogado JAVIER ANTONIO SILVA MONROY, identificado/a con la Cédula de Ciudadanía No. 1.033.712.322 de Bogotá D.C. y portador de la Tarjeta Profesional No. 233.686 del C.S. de la J, para que realicen la defensa técnica en el proceso para el cual se aporta el presente documento.

El apoderado sustituto tendrá las facultades a mi conferidas, incluyendo las facultades sustituir, presentar recursos ordinarios y extraordinarios, PRESENTAR LAS FORMULAS DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL Y JUDICIAL de acuerdo con las directrices estipuladas dentro del acta emitida por el Comité de Conciliación de la entidad referida, y en general, todas aquellas funciones propias de este mandato, en los términos establecidos en el artículo 77 del Código General del Proceso.

Me permito informar a su despacho que el presente apoderamiento no genera costo alguno por concepto de honorarios a favor del apoderado, toda vez que se encuentra dentro del ejercicio de sus funciones. De manera respetuosa, solicito al despacho que las actuaciones procesales notificadas por correo electrónico sean notificadas a la dirección de correo electrónico: procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co Por lo anterior, solicito aceptar esta petición en los términos y para los fines del presente mandato.

Del

Despacho,


LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS
Cédula de Ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá
Tarjeta Profesional No. 250.292 del C.S. de la J

Acepto

poder


ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA
Cédula de Ciudadanía No. 1.022.376.765 de Bogotá D.C.
Tarjeta Profesional No. 267625 del C.S. de la J