507

84

(fiduprevisora)

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE MANIZALES
12 MAR 2020
RECIBIDO FLS:

20191181622491

MANIZALES, CALDAS

Señora:
JUEZ 6° ADMINISTRATIVA DE MANIZALES.
CALDAS - MANIZALES.
CARRERA 23 No 21- 48.
E.S.D

Radicado: 17-001-33-39-006 -201900437-00.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: GLORIA NANCY ARANGO GÓMEZ
Demandados: LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Asunto: CONTESTACION DE DEMANDA.

ALEJANDRO ÁLVAREZ BERRÍO, mayor y vecino de la cuidad de Manizales, identificado como aparece al pie de mi firma en calidad de apoderado sustituto de LA **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG**, por medio del presente escrito y estando dentro de los términos establecidos en el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, me permito dar **CONTESTACION A LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

I. 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, el cual reza textualmente:

> ***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.

(fiduprevisora)

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES.

Una vez estudiadas cada una de las pretensiones de la demanda me sirvo manifestar que, me OPONGO a todas y cada una de ellas toda vez que, carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen; por lo que solicito muy respetuosamente se sirva denegar en su totalidad las condenas en contra de la **NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS.

- **PRIMERO: Es cierto.**
- **SEGUNDO: Es cierto.**
- **TERCERO: Es cierto.**
- **CUARTO: Es cierto.**
- **QUINTO: NO ES CIERTO.** Según certificación emitida por **FIDUPREVISORA S.A.** se evidencia que la cesantía parcial fue puesta a disposición de la demandante el día 24 de Mayo de 2017, fecha que difiere a la manifestada por la parte actora.
- **SEXTO: Es cierto,** sin embargo más que un hecho, está es una referencia normativa hecha por la parte demandante.
- **SEPTIMO: NO ES CIERTO.** Según certificación emitida por **FIDUPREVISORA S.A.** se evidencia que la cesantía parcial fue puesta a disposición de la demandante el día 24 de Mayo de 2017, fecha que difiere a la manifestada por la parte actora..
- **OCTAVO: Es cierto.**

IV. FUNDAMENTO DE DEFENSA.

- **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, el cual reza textualmente:

> *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

(fiduprevisora)

administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

- **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE CESANTIAS AL PERSONAL DOCENTE AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

En lo que concierne al reconocimiento y pago de las cesantías, es la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, a través de la cual se establecen los términos para el pago oportuno de cesantías de los servidores públicos, se establecen sanciones y se determinan otras disposiciones, veamos :

> *"**Artículo 1º.**- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*
> ***PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*
> *Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
> ***Artículo 2º.**- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*
> ***PARÁGRAFO.** En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este."*

Teniendo en consideración lo antes señalado se tiene que, el accionante elevó ante la Entidad demandada solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías el día 18 de abril de 2017, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconoció y ordenó el pago de sus cesantías a favor de la demandante través de la Resolución No. 3896 – 6 del 26 de mayo de 2017, las que fueron canceladas el 17 de agosto de 2017, cuando debían ser pagadas inclusive antes del día 1° de agosto del mismo año, dicho lo anterior es dable concluir que, mi representada no incurrió en los 28 días de mora que asegura la parte demandante, por el contrario solo se configuró una mora de 16 días.

- **INDEXACIÓN DE LAS SUMAS QUE SURGEN POR CONCEPTO DE LA SANCIÓN MORATORIA DE LAS CESANTÍAS.**

Sea lo primero señalar que, si bien la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento.

Así pues, la H. Corte Constitucional se refirió a la cesantía de la siguiente manera:

> *"La cesantía constituye una forma de remuneración laboral, por lo cual los trabajadores tienen derecho a que éstas no pierdan su valor adquisitivo, debido a la ineficiencia de las entidades pagadoras y a los fenómenos inflacionarios. La sanción moratoria impuesta por la ley busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación.* ***En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta reclame también la indexación****, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella."*[1]
> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por otro lado, en reciente Sentencia de Unificación la Sección Segunda del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa definió el fenómeno de la indexación en los siguientes términos:

> *"La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos."*[2]

En este mismo sentido, el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, señaló la naturaleza y finalidades de la sanción moratoria, insistiendo que se trata de una "MULTA A CARGO DEL EMPLEADOR", veamos:

> *"A partir de lo anterior, es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria: i) La sanción moratoria se consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo, por lo cual, la disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador.*
> *De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una* ***multa*** *a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:*
> *La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció,* ***es una multa a cargo del empleador*** *y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan*

[1] CORTE CONSTITUCIONAL – MAGISTRADO PONENTE: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.19 DE SPETIEMBRE DE 1996. SENTENCIA C-448/96.ACTOR. HUGO HERNÁN GARZÓN GARZÓN.

[2] CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. JULIO 18 DE 2018. EXPEDIENTE RAD. NO. 73001-23-33-000-2014-00580-01. DEMANDANTE: JORGE LUIS OSPINA CARDONA. DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.

Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito."[3]

Igualmente en dicha providencia se sentaron las siguientes reglas jurisprudenciales:

"3.5.1 ***Unificar jurisprudencia*** *en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el* ***docente oficial****, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

3.5.2 ***Sentar jurisprudencia*** *precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se ***sienta jurisprudencia*** *precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto."*

3.5.3 ***Sentar jurisprudencia*** *señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." (Subraya y negrilla fuera del texto)[4]

Teniendo en consideración lo antes señalado, no resulta procedente la indexación de la sanción moratoria que presuntamente se causó a favor del actor, habida consideración que, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, pues dicha indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, ya que dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior al valor que resulta

[3] Ibídem
[4] Ibídem

de la referida sanción, aunando lo anterior se tiene que, no se trata de un derecho laboral, sino por el contrario es un correctivo frente a la negligencia de la administración.

V. EXCEPCIONES

Me permito proponer las siguientes:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Se evidencia dentro del plenario que la docente demandante solicitó sus cesantías el día 17 de febrero de 2017, las mismas fueron puestas a disposición por la FIDUPREVISORA S.A. el día 24 de mayo de 2017 y la fecha límite para poner a disposición de la demandante la cesantías era el 2 de Junio de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, no existe obligación indemnizatoria a cargo de la entidad que represento teniendo en cuenta que el dinero de las cesantías de la docente se puso a disposición respetando los términos establecidos en la ley 1071 de 2006, tal y como consta en certificado expedido por **FIDUPREVISORA S.A.**

DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO

Señor(a) juez(a), las pretensiones y condenas solicitadas por la parte demandante, busca menoscabar el patrimonio del Estado, abusando de su derecho. Aunado a lo anterior va en contra de la misma Constitución Política, articulo 90, ya que el sentido y el alma del artículo constitucional es salvaguardar los recursos y el erario públicos, ya que la parte actora busca menoscabar las arcas del estado con estas pretensiones en exceso que no tienen por qué prosperar, por todo lo señalado con anterioridad.

COBRO DE LO NO DEBIDO

Las pretensiones de la demanda, están dirigidas al recaudo de obligaciones que mi representado no tiene por qué asumir, toda vez que los dineros de las cesantías de la demandante se pusieron a disposición dentro de los términos establecidos por la Ley 1071 de 2006, así que de fallarse a favor del demandante, se perjudicaría sin derecho a ello e innecesariamente el presupuesto disponible para el correcto funcionamiento del sistema, asimismo vulneraria el principio de solidaridad en la seguridad social y la libertad del legislador al determinar un régimen especial para los docentes.

RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENERICA

Solicito a su Señoría que, si en el transcurso del trámite procesal resultan probados hechos que configuren una excepción previa, sea declarada de oficio al momento de proferir fallo, tal y como lo prevé el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

- **DOCUMENTALES**

Muy respetuosamente solicito se oficie a la Entidad Territorial empleadora **SECRETARÍA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS** para que, allegue respecto de la demandante, copia autentica, integra y legible de su expediente administrativo, siempre y cuando el mismo no sea acercado oportunamente.

Se allega certificación emitida por **FIDUPREVISORA S.A.** se evidencia que la cesantía parcial fue puesta a disposición de la demandante el día 26 de abril de 2018, fecha que difiere a la manifestada por la parte actora.

VII. ANEXOS.

1. Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 mediante la cual se confiere poder general para la defensa judicial del FOMAG al Dr. Luis Alfredo Sanabria Rios por parte del Dr. Luis Gustavo Fierro Maya, delegado de la Ministra de Educación.
2. Resolución de delegación No. 002029 del 4 de Marzo de 2019 otorgada por la Ministra de Educación al Dr. Luis Gustavo Fierro Maya.
3. Sustitución del antes referido poder.
4. Certificación emitida por **FIDUPREVISORA S.A.** se evidencia que la cesantía parcial fue puesta a disposición de la demandante el día 24 de mayo de 2017, fecha que difiere a la manifestada por la parte actora.

VIII. NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones personales en la Calle 72 No. 10 – 03 en la ciudad de Bogotá D.C; y dirección de correo electrónico t_aalvarez@fiduprevisora.com.co ; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co y alejandro.alvarezb@yahoo.it . Favor notificar a todos los correos referidos.

Del señor Juez,

ALEJANDRO ÁLVAREZ BERRÍO
C.C. No. 1.054.919.305
T.P. No. 241.585 del C.S. de la J.