

Bogotá D.C.

Doctora

BIBIANA MARÍA LONDOÑO VALENCIA

Juez

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Correo electrónico: admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

DEMANDANTE: MANUEL JULIAN REINOSO VILLA

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG

RADICADO: 17001-33-39-006-2019-00569-00

REFERENCIA: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

TANIA HIRLENY CELEITA BOLAÑOS, abogada en ejercicio, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía **1.018.469.452**, portadora de la tarjeta profesional No. **274.993** del C.S. de la J. actuando en calidad de apoderada Sustituta de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** 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 la Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 otorgada en la Notaria Treinta y Cuatro (34) del Circuito de Bogotá, aclarada mediante Escritura Publica 1230 del 11 de septiembre de 2019, protocolizada en la Notaria Veintiocho del Circulo Notarial de Bogotá D.C. y la Escritura Pública No. 1588 del 27 de Diciembre de 2018, Escritura Pública No. 1590 del 27 de Diciembre de 2018 aclarada mediante Escritura Pública No. 0045 del 25 de enero de 2019, protocolizada en la Notaría Veintiocho del Circulo Notarial de Bogotá D.C.; respetuosamente, por medio del presente escrito, me permito presentar CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA formulada en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I. A LOS HECHOS

AL PRIMERO: No es un hecho. Se hace mención a la norma que dispone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se define su naturaleza jurídica; no relata ninguna situación de modo, tiempo y lugar que pueda ser objeto de manifestación alguna.

AL SEGUNDO: No es un hecho. Se hace mención a la norma que dispone las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; no relata ninguna situación de modo, tiempo y lugar que pueda ser objeto de manifestación alguna.

AL TERCERO: Es cierto. Se encuentra probado con la documental aportada por la parte demandante.

AL CUARTO: Es cierto. Se encuentra probado con la documental aportada por la parte demandante.

AL QUINTO: No es cierto. Tal y como consta en la certificación expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, la suma reconocida por concepto de cesantías fue puesta a disposición del docente el **07 de septiembre de 2017**.

AL SEXTO: No es un hecho. Es una transcripción del artículo 4 de la ley 1071 de 2006, que resulta aplicable al caso en concreto.

AL SÉPTIMO: No es un hecho. Es una interpretación de la forma en cómo debe computarse el término para la configuración de la sanción moratoria, sin embargo se señala que en aplicación de lo dispuesto por la Ley 1071 de 2006 y la regla señalada en la sentencia SU CE-SUJ-SII-012-2018 proferida el 31 de enero de 2018 por el Consejo de Estado, la mora se configuró a partir del **28 de julio de 2017**, y se extendió hasta el **06 de septiembre de 2017**, día anterior a la fecha en la que se realizó el pago, es decir que transcurrieron **41 días** de mora y no 61 como lo señala la parte demandante.

La fecha señalada por el apoderado de la parte demandante (26 de septiembre de 2017) como fecha de pago, corresponde a la fecha en que la docente se acercó a reclamar el pago de la prestación económica al Banco, razón por la cual no resulta viable endilgar a mis representadas una carga que no le corresponde, por la inactividad e inoportuna actuación de la parte demandante en el cobro de las cesantías reconocidas.

AL OCTAVO: Es cierto. Se encuentra probado con la documental aportada por la parte demandante.

II. 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 FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Ministerio de Educación Nacional de todo cargo.

A LAS DECLARATIVAS:

Me opongo a la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto negativo respecto de la petición radicada por la demandante, por ser un hecho ajeno a mi representada, en atención a que la solicitud respecto de la cual se predica la configuración del acto ficto negativo no fue radicada ni puesta en conocimiento de mis representadas.

A LAS CONDENATORIAS:

Me opongo al Restablecimiento del Derecho y Pago de la sanción moratoria, Indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho, como quiera que estas pretensiones son consecuencia del reconocimiento de las pretensiones declarativas, luego al no proceder el reconocimiento de estas últimas, tampoco habrá lugar de acceder a lo solicitado en las pretensiones condenatorias.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

- **NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

El artículo tercero, de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señala 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.”

En cumplimiento de lo dispuesto en la citada norma, la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional en calidad de FIDEICOMITENTE y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., suscribieron Contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 otorgada en la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, para la administración del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que tiene, entre otras, la obligación de efectuar el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al fondo, entre ellas las cesantías, prestación social objeto del debate que nos ocupa en el presente proceso.

- **FIDUPREVISORA ACTÚA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Es preciso indicar que FIDUPREVISORA S.A. en virtud del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 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, si bien es cierto los recursos administrados en virtud del Patrimonio Autónomo son recursos públicos, su disponibilidad depende y se condiciona a las instrucciones que para el efecto emita el 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 una extralimitación de sus obligaciones como sociedad fiduciaria, 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**

Conforme lo establece el artículo 1226 del Código de Comercio, 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.

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.

- **ACLARACIÓN RESPECTO DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG Y DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**

Fiduprevisora S.A. en cumplimiento de las obligaciones contractuales del contrato de fiducia mercantil y teniendo en cuenta el otrosí integral realizado al precitado contrato de fiducia de fecha 22 de junio de 2017, en especial su cláusula segunda, numeral 17, ejerce la defensa judicial del Patrimonio Autónomo y del Ministerio de Educación Nacional, en los siguientes términos:

(...) se modifica la cláusula sexta O “obligaciones de la defensa judicial del patrimonio autónomo” del otrosí del 25 de enero de 2006, modificado por el otrosí del 18 de junio de 2010, la cual tendrá la siguiente redacción:

“4. OBLIGACIONES GENERALES DE LA FIDUCIARIA.

[...]

4.15 Obligaciones de la defensa judicial del patrimonio autónomo. (...)

(...)4.15.2 Realizar la representación judicial y extrajudicial del Fondo en calidad de vocera y administradora del Fondo, así como la defensa del MEN, siempre y cuando este último haya sido demandado o vinculado por asuntos inherentes al Fondo, lo anterior en desarrollo del objeto contractual y los parámetros legales para la administración de patrimonios autónomos. La representación judicial se realizara, sin importar su condición de demandada o demandante, dentro de los procesos activos o tramites que se adelanten ante autoridades judiciales, jurisdiccionales, coactivas, al Ministerio Público y tribunales de arbitramento.

En desarrollo de esta obligación, la Fiduciaria contratara con cargo a la comisión fiduciaria, las personas naturales o jurídicas necesarias para la protección y defensa del Fondo y del MEN, en aquellos asuntos relacionados con el Fondo, asumiendo los gastos derivados de la defensa como lo son la expedición de los poderes, publicaciones, pólizas y demás que se requieran para la debida defensa del MEN y el Fondo.

Así mismo, la Fiduciaria implementara mejoras al proceso de defensa judicial que se tiene estructurado actualmente, velara por implementar y ejecutar un adecuado esquema de supervisión de la gestión de los apoderados a cargo de los procesos, así como el monitoreo y control de los contratos de los proveedores contratados para este fin, con el objeto de garantizar la correcta vigilancia y seguimiento de los procesos judiciales a nivel nacional" (...)

De acuerdo a lo anterior, es de informar que, teniendo en cuenta las obligaciones contractuales arriba mencionadas, mediante la Escritura Pública No. 1588 del 27 de diciembre de 2018 otorgada en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá, el Doctor Carlos Alberto Cristancho Freile, obrando en calidad de representante legal de Fiduprevisora S.A., otorgó poder general al Doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS identificado con cédula de ciudadanía 80.211.391 de Bogotá, con el fin de realizar y coordinar la defensa judicial del Fideicomiso antes mencionado, en lo que respecta con la defensa judicial de nuestro fideicomitente, esto es el Ministerio de Educación Nacional y de Fiduciaria La Previsora S.A.

- **PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

Frente al **reconocimiento de la sanción por mora** el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 proferida el 31 de enero de 2018, estableció **que en el caso en que en la administración resuelva la solicitud de cesantías parciales o definitivas de manera tardía o no lo haga, el término para la sanción moratoria empezará a contarse a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo del reconocimiento, esto según el artículo 4 de la Ley 1071/2006, 10 días del término de ejecutoria de la decisión según lo establecido en los artículos 76 y 87 de la ley 1437 de 2011 y 45 días hábiles a partir del día en que quedo en firme la resolución, por lo que al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.**

En el mismo sentido, frente a la **procedencia de la indexación** de las sumas que resulten reconocidas como sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas, el Consejo de Estado señaló:

*"(...) De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, **no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.***

En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Respecto de las sumas que se reconozca como sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, no podrá ordenarse el ajuste y/o indexación con base en el índice de precios al consumidor, esto como quiera que según lo señalado por el Consejo de Estado, en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 proferida el 31 de enero de 2018, la sanción moratoria no tiene el alcance de un derecho laboral y, en consecuencia, “*al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.*”

IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- EXCEPCIÓN DE 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 obligó 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 implica 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, determinó 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.

- EXCEPCIÓN DE BUENA FE

Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Económicas del Magisterio, actúa de buena fe, es respetuoso de la legislación existente 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.

- **EXCEPCIÓN 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.

V. FRENTE AL REQUERIMIENTO DE APORTAR EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La Nación - Ministerio de Educación Nacional no tiene competencia para allegar el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que es exigido en el parágrafo 1 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ello en atención a que los expedientes administrativos relacionados con el personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales reposan en los archivos de las Secretarías de Educación de la entidad territorial certificada a la que pertenece o ha pertenecido el solicitante o causahabiente, lo anterior teniendo en cuenta lo establecido en el Capítulo II del Decreto 2831 de agosto 16 de 2005 por el cual se estableció el trámite para reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

VI. SOLICITUD ESPECIAL

Teniendo en cuenta lo señalado en precedencia, solicito se requiera a la secretaria de educación de la Alcaldía de Manizales que allegue el expediente que contiene los antecedentes de la actuación administrativa.

VII. PRUEBAS

Solicito al Despacho se tengan con pruebas:

1. Las aportadas en debido tiempo al plenario.
2. Certificado de pago de cesantías expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

VIII. ANEXOS

- Poder debidamente otorgado
- Escritura Pública No. 522 de 2019
- Escritura Pública No. 1230 de 2019

IX. NOTIFICACIONES

Mi poderdante recibirá notificaciones personales en la Calle 72 No. 10 – 03 en la ciudad de Bogotá D.C; o en la dirección de correo electrónico: procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

Así mismo de acuerdo a los artículos 201 y 205 del CPACA (Ley 1437 de 2011) autorizo la notificación por medios electrónicos al siguiente correo electrónico: t_tceleita@fiduprevisora.com.co

Del señor Juez,



TANIA HIRLENY CELEITA BOLAÑOS

C.C. 1.018.469.452 de Bogotá

T.P. No. 274.993 del C.S de la J.

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficinity 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.