



Señor(es):

E. S. D.

Juzgado 16 Administrativo Sec Segunda Oral de Bogotá

REFERENCIA: SUSTITUCIÓN DE PODER

Radicado:

2018-00328

Convocante(s) y/o Demandante(s): Luis Humberto Bettrán Galvis.

Convocado(s) y/o Demandado(s): LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y/o
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado civil y profesionalmente como aparece junto a mi firma, actuando en calidad de apoderado de:

1. LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, N.I.T.: 899.999.001-7, conforme al Poder Especial otorgado por el Doctor LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de las facultades a él conferidas a través de la Resolución No. 015068 del 28 de agosto de 2018, expedida por la MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL, lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes

y/o

2. 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, conforme al 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.

Manifiesto a su despacho que sustituyo poder al (la) abogado(a) Isolina Guehl Maullin identificado(a) civil y profesionalmente como aparece junto a su firma, con las mismas facultades a mi conferidas, incluida la de sustituir y conciliar, no obstante lo anterior, se ceñirá a las disposiciones de la entidad plasmadas en Acta del Comité de Conciliación.

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.

La presente sustitución se presume autentica de conformidad con el Inciso Segundo del Artículo 74 del Código General del Proceso

Por lo anterior, le solicito se sirva aceptar esta petición en los términos y para los fines descritos.

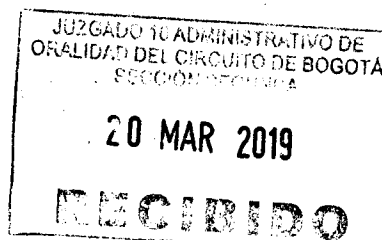
Cordialmente,

LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS
C.C. No. 80.211.391 de Bogotá D.C.
T.P. No. 250.292 del C.S. de la J.

Acepto:

Isolina Guehl Maullin

C.C. No. 109160311 De Oran
T.P. No. 299773 Del C.S. de la J.



MAR 19 '19 PM 5:05

OF APOYO JUZG ADMITIVO

20191180538581

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191180538581
Fecha: 19-03-2019

Señores
JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO SEC SEGUNDA ORAL BOGOTÁ
Carrera 57 #43-91, Bogotá
E. S.D.

Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: LUIS HUMBERTO BELTRAN GALVIS
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Radicado: 11001333501620180032800

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

Isolina Gentil Mantilla identificada con cedula de ciudadanía número 1091660314 de Ocaña Norte de Santander y portadora de la Tarjeta Profesional 239773 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada sustituta de FIDUPREVISORA S.A., vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-conforme al poder que se adjunta de sustitución conferido por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS LUIS actuando en ejercicio de la delegación efectuada por el Dr. GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por la Ministra de Educación para la función de otorgar poderes en representación de la misma, a través de la resolución No. 015068 del 28 de agosto de 2018, expedida para la defensa de los intereses de la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los procesos judiciales y conciliaciones de carácter judicial y extrajudicial que se promuevan contra la entidad, mediante el presente documento me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

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

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

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.

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.

INTANGIBILIDAD DEL PATRIMONIO PROPIO DE LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

El artículo 1233 del Código de Comercio que trata sobre la "SEPARACIÓN Y AFECTACIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS", establece lo siguiente:

"Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo."

En este orden, existe una separación patrimonial entre los fondos que una Fiduciaria recibe a través de los respectivos fideicomisos, con los activos propios de la entidad Fiduciaria, por lo que de ninguna manera una medida cautelar que afecte bienes que hacen parte de algún fideicomiso puede afectar recursos propios de aquella.

Es por eso, que ordenar el pago de la sanción moratoria a la FIDUPREVISORA, se incurre en error toda vez que los recursos provienen es del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG y no como lo interpreta la Juzgadora respecto del pecunio de Fiduprevisora S.A.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

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

En atención a la defensa jurídica del patrimonio autónomo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG, Fiduprevisora S.A. en cumplimiento de las obligaciones contractuales del contrato de fiducia mercantil, 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, la cual estableció:

(...) 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 realizará, 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 1588 del 27 de diciembre de 2018, de la notaria 28 del circulo 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.

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.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

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, comprometiendo 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.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA.

Es de suma importancia 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, teniendo en cuenta como se mencionó líneas atrás, que 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 de carácter punible toda vez que para los pagos que deben realizarse debe necesariamente existir previa instrucción del fideicomitente.



Una vez relacionado lo anterior, respecto de Fiduprevisora S.A existe falta de legitimación por pasiva toda vez que no es la entidad que debe pagar la sanción moratoria en caso que se configure en el presente asunto.

PETICIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, donde se relatan los fundamentos fácticos y jurídicos que dan lugar a esta petición, solicito a Usted:

1. SOLICITAR SE VINCULE A LA FIDUCIARIA FIDUPREVISORA S.A única y exclusivamente como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG, para que con previa instrucción del Fideicomitente se realicen los pagos en caso de configurarse la sanción moratoria respecto de las cesantías definitivas causadas del accionante, en virtud del contrato de fiducia mercantil constituido mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá y sus Otrosíes modificatorios.
2. DECRETAR LA NULIDAD DE LA VINCULACIÓN DE FIDUPREVISORA S.A para el pago de la sanción moratoria solicitada por el accionante.
3. SOLICITAR SE DECLARE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, de acuerdo a lo indicado en la parte considerativa.
4. SOLICITAR se haga parte a la Secretaria Distrital De Educación de Bogotá toda vez que dicha entidad tuvo un participación activa en la expedición del acto administrativo complejo que es objeto del medio de control del proceso de la referencia.

ANEXOS Y PRUEBAS

Poder para actuar

Los relacionados en el acápite de pruebas por parte de la actora.

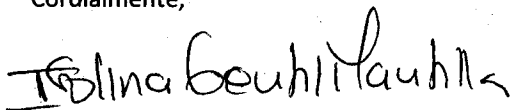
Otrosí integral al contrato de fiducia mercantil del 22 de junio de 2017.

NOTIFICACIONES

Mi representada recibe notificaciones en la calle 72 No. 10-03, correo electrónico: notjudicial@fiduprevisora.com.co

El demandante LUIS HUMBERTO BELTRAN GALVIS y su apoderado MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO pueden ser notificados en las direcciones que relacionaron en la demanda.

Cordialmente,



ISOLINA GENTIL MANTILLA

Cédula de ciudadanía número 1091660314 de Ocaña Norte de Santander

Tarjeta Profesional 239773 del Consejo Superior de la Judicatura





La educación
es de todos

Mineducación

OF APOYO JUZG ADNTIVO

Señor

JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO SEC SEGUNDA ORAL BOGOTA D.C.

E. S. D.

MAR 19 '19 PM 5:07

REFERENCIA: REVOCATORIA DE PODER Y OTORGAMIENTO DE PODER ESPECIAL.

Radicado: 11001333501620180032800

Demandante: LUIS HUMBERTO BELTRAN GALVIS

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

LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, residente en la ciudad de Bogotá, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79.953.861 de Bogotá, actuando en ejercicio de la delegación efectuada a través de la Resolución No. 015068 del 28 de agosto de 2018, expedida por la Ministra de Educación Nacional, conforme a lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normatividad concordante, comedidamente solicito que por medio del presente escrito, se revoque el poder especial otorgado a Doctor, **CESAR AUGUSTO HINESTROSA ORTEGON** identificado con Cédula de Ciudadanía No. 93136492 de Espinal - Tolima y Tarjeta Profesional No. 175.007, en virtud de la causal de terminación anticipada del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales quienes ejercían la representación judicial del Ministerio de Educación Nacional. En concordancia con lo anterior, y con el fin de continuar con la defensa técnica, otorgo **PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUFICIENTE** a los Doctores **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 y a **ISOLINA GENTIL MANTILLA** identificado/a con la Cédula de Ciudadanía No. 1.091.660.314 de Ocaña (Norte de Santander) portador/a de la tarjeta profesional No.239773 del Consejo Superior de la Judicatura, para que de conformidad con lo establecido en la Ley 640 y el Decreto 1716 de 2009; realice la defensa técnica en todas sus etapas del proceso de la referencia.

Los apoderados tendrán las facultades de sustituir y reasumir el presente poder, presentar recursos ordinarios y extraordinarios, y en general todas aquellas funciones propias de este mandato, en los términos establecidos en el artículo 77 del código general del proceso, no obstante lo anterior, se ceñirá a las disposiciones de la entidad plasmadas en Acta del Comité de Conciliación.

Recibimos notificaciones en el correo electrónico: t_silva@fiduprevisora.com.co

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.

Por lo anterior, solicito aceptar esta petición en los términos y para los fines del presente mandato.

Del Despacho,

LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA
C.C. 79.953.861 de Bogotá
T.P. 145.177 del C.S. de la J.

LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS
C.C. No. 80.211.391 de Bogotá D.C.
T.P.No. 250.292 del C.S. de la J.



RAMA JUDICIAL DEL PODER JUDICIAL
OFICINA DE APOYO PARA LOS JUZGADOS
ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL

El documento fue presentado personalmente por
LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA
Quien se identifico C C No. 79.953.861
T P No. 145.177 Bogotá D C
Responsable Centro de Servicios

ISOLINA GENTIL MANTILLA
C.C. 1.091.660.314 de Ocaña (Norte de
Santander)
T.P.No. 239773 del C.S. de la J.

Raquel Correales
María Raquel Correales Parra



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
OFICINA DE APOYO PARA LOS JUZGADOS
ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL

El documento fue presentado personalmente por
LUIS ALFREDO SANABRIARIOS

Quien se identificó C.C. No. 80.211.391

T.P. No. 250.292 Bogotá D.C.

Responsable Centro de Servicios

Raquel Correa
14 MAR 2019
María Raquel Corrales Parada

[Handwritten mark]

Señor(es):

E. S. D.

procedo 46 administrativo sec Segunda Oral Bogotá

REFERENCIA: SUSTITUCIÓN DE PODER

Radicado:

2018 - 00328

Convocante(s) y/o Demandante(s): Luis Humberto Beltrán Galvis

Convocado(s) y/o Demandado(s): LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y/o
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado civil y profesionalmente como aparece junto a mi firma, actuando en calidad de apoderado de:

1. LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, N.I.T.: 899.999.001-7, conforme al Poder Especial otorgado por el Doctor LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de las facultades a él conferidas a través de la Resolución No. 015068 del 28 de agosto de 2018, expedida por la MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL, lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes

y/o

2. 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, conforme al 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.

Manifiesto a su despacho que sustituyo poder al (la) abogado(a) Isolina Gauthier identificado(a) civil y profesionalmente como aparece junto a su firma, con las mismas facultades a mi conferidas, incluida la de sustituir y conciliar, no obstante lo anterior, se ceñirá a las disposiciones de la entidad plasmadas en Acta del Comité de Conciliación.

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.

La presente sustitución se presume autentica de conformidad con el Inciso Segundo del Artículo 74 del Código General del Proceso

Por lo anterior, le solicito se sirva aceptar esta petición en los términos y para los fines descritos.

Cordialmente,

LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS
C.C. No. 80.211.391 de Bogotá D.C.
T.P. No. 250.292 del C.S. de la J.

Acepto:

Isolina Gauthier

C.C. No. 109160314 De Ocaña
T.P. No. 239773 Del C.S. de la J.

20191180538141

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191180538141
Fecha: 19-03-2019

Señores
JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO SEC SEGUNDA ORAL BOGOTÁ
Carrera 57 #43-91, Bogotá
E. S.D.

Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: LUIS HUMBERTO BELTRAN GALVIS
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO-
Radicado: 11001333501620180032800

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

Isolina Gentil Mantilla identificada con cedula de ciudadanía número 1091660314 de Ocaña Norte de Santander y portadora de la Tarjeta Profesional 239773 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada sustituta de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION, -FIDUPREVISORA S.A., vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-conforme al poder que se adjunta de sustitución conferido por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS LUIS actuando en ejercicio de la delegación efectuada por el Dr. GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por la Ministra de Educación para la función de otorgar poderes en representación de la misma, a través de la resolución No. 015068 del 28 de agosto de 2018, expedida para la defensa de los intereses de la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los procesos judiciales y conciliaciones de carácter judicial y extrajudicial que se promuevan contra la entidad, mediante el presente documento me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

I. 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: Es cierto, así lo corrobora la Resolución No. 9534 del 27 de diciembre de 2016 aportada por el demandante.

SEGUNDO: Es cierto, como consta en las pruebas aportadas en la demanda.

TERCERO: Es cierto, con base a lo aportado por la parte demandante y con relación a que la Secretaria de Educación Distrital de Bogotá, a través de la Resolución No. 9534

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

del 27 de diciembre de 2016, reconoció y ordenó el pago de cesantía definitiva del demandante

CUARTO: No es cierto, toda vez que según el cálculo matemático del día 70 que indica la ley sobre la solicitud del pago definitivo de cesantías, transcurrieron 156 menos días, igualmente se indica que la entidad que expide la resolución es la secretaria de educación distrital de Bogotá.

QUINTO: No me consta, toda vez que se pudo evidenciar que los memoriales que radica y se expiden por Fiduciaria La Previsora se expiden son en formatos diferentes al presentado por la demandante en los anexos a la demanda, igualmente se evidencia que no tiene firma del encargado de emitir dichas comunicaciones.

SEXTO: No es cierto, realizando el cálculo matemático se evidencia que el cálculo matemático el demandante lo está ejecutando contando mal los días de mora.

SÉPTIMO: Es parcialmente cierto, según se evidencia en los documentos aportados por la demandante, el derecho de petición fue radicado en las instalaciones del Ministerio de Educación y no directamente en la sede del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el 14 de marzo de 2018.

OCTAVO: No es cierto, toda vez que la entidad FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como bien lo indica el apoderado de la demandante, por medio del oficio No. S-2018-59986 del 27 de amrzo de 2018 contesto petición presentada motivo por el cual no se configura silencio administrativo negativo.

NOVENO: Es cierto, como consta en las pruebas aportadas en la demanda.

DÉCIMO: No es cierto, toda vez que se contestó en término la petición radicada, por su parte no es Fiduciaria La Previsora S.A. quien debe dar respuesta de fondo a dicha petición.

DÉCIMO PRIMERO: Es cierto, según lo aportado por la parte demandante con referencia a que se agotó el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ante la procuraduría 79 judicial I para asuntos administrativos radicación No. 18818 del 18 de junio de 2081, dada a los 02 días del mes de agosto de 2018.

II. 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:

1. Rechazo la pretensión solicitada en el numeral primero, teniendo en cuenta que No se puede configurar el acto ficto o presunto negativo, en razón a que se acepta y reconoce por parte de la demandante que efectivamente hubo contestación de

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

107 41

la petición radicada por medio de radicado No. S-2018-59986 del 27 de abril de 2018, la razón por la cual se centra la disputa según lo indica el apoderado del demandante es frente a la contestación de fondo de dicha petición motivo por el cual no se puede configurar el acto ficto o presunto negativo toda vez que si hubo respuesta por parte de la entidad.

- 2. Rechazo la pretensión solicitada en el numeral segundo, toda vez que no es posible la declaratoria de nulidad de un acto ficto o presunto que no se configuró toda vez que la petición presentada efectivamente fue contestada por medio de radicado No. S-2018-59986 del 27 de abril de 2018.
- 3. Rechazo la pretensión solicitada en el numeral tercero, teniendo en cuenta como primera medida que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, fue creado mediante la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia contable y financiera, cuyo Consejo Directivo determina las políticas de dirección y administración del patrimonio autónomo. Igualmente el Ministerio de Educación Nacional suscribió un contrato de fiducia para la administración de los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales. Así mismo, hay que precisar que son las secretarías del orden territorial a quienes les corresponde resolver las solicitudes relativas a sanciones moratorias, por lo que en el caso concreto la Secretaría del respectivo Municipio es quien responderá por la mora en la expedición del acto administrativo.

En segundo lugar se objeta la pretensión de reconocimiento económico de la sanción moratoria tomando como valor de reajuste el índice de variación de precios del consumidor, pues esta postura contraría la sentencia de unificación 00580 del 2018 del Consejo de Estado donde se señala que la sentencia que reconoce la sanción moratoria *"simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico"*¹.

La sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia.

La naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del

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



salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, se rechaza de forma categórica esta pretensión.

4. Rechazo la pretensión del numeral cuarto, toda vez que como se ha descrito líneas atrás, no se puede declarar un acto ficto o presunto negativo, teniendo en cuenta que en el caso concreto si hubo contestación de la petición radicada motivo por el cual no se configuraron los presupuestos que se coligen para la configuración y declaratoria de nulidad del acto.
5. Rechazo la pretensión del numeral cinco, teniendo en cuenta que no se configuró el silencio negativo del oficio presentado en el oficio No. S-201-59986 del 27 de marzo de 2018 toda vez que como consta, se dio contestación mediante comunicación radicado No. S-2018-59986 del 27 de abril de 2018.
6. En sexto lugar se rechaza el reconocimiento de intereses moratorios en la medida en que estos, involucran un componente «inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero²», de manera que al igual que la indexación, podrían ser una doble carga que afectaría seriamente los recursos públicos si se imponen de forma simultánea con la sanción moratoria. Los intereses moratorios constituyen *"el mecanismo para dar respuesta al retardo al pago de prestaciones sociales, la cual incluye la orientación a impedir que estas devengan irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios"*³. En ese sentido no es aceptable que se imponga a la Administración el deber de responder por el retardo, mediante la aplicación de la sanción moratoria como con los intereses moratorios, ya que ello supondría una violación al non bis in ídem.

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

III. FUNDAMENTO DE DEFENSA

RÉGIMEN AUTÓNOMO Y ESPECIAL PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES

Como es conocido el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio-FOMAG-, tienen un procedimiento administrativo especial contenido en las leyes 91 de 1989 y ley 962 de

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

³ Ibíd.

⁴ Ibíd.



2005, así como en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales- Secretaria de Educación certificadas-, al igual que el de la Fiduprevisora, como vocera y administradora del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. Dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención de las solicitudes relacionadas con prestaciones sociales del magisterio, que se realizará a través de la secretaria de educación certificada a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas secretarías de educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin, en el marco del principio constitucional del gasto público.

La unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018⁵, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

No obstante lo anterior, la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al Fomag.

La Sentencia de unificación SUJ 012/2018 establece que *“para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley”*.

⁵ Sentencia SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional

⁶ Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del Consejo de Estado.



Y que con la expedición de la Ley 1071 de 2006⁷, que consagró las circunstancias en que los empleados se encontraban facultados para solicitar el retiro parcial de sus cesantías⁸, al respecto la exposición de motivos de la ley estableció:

[...] Esta diferencia hace necesario que se unifique el régimen prestacional especialmente en lo que tiene que ver **con el retiro de las cesantías parciales, el cual cubriría y beneficiaría a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres Ramas del Poder Público, incluida la Fiscalía General, los Órganos de Control, las Entidades que prestan servicios públicos y de educación. Se busca involucrar a todo el aparato del Estado tanto al nivel nacional como territorial.**» (Se destaca).

Por tanto, frente al reconocimiento de la cesantía el consejo de estado establece que "el establecimiento de un término para el reconocimiento de la cesantía y de otro para que se efectúe su pago efectivo, busca proteger al trabajador garantizando el cometido de tal prestación, y que justamente con ella, se pueda solventar la eventualidad para la cual la solicitó -parciales- o por la que se causó -definitivas"

Ahora bien, frente al reconocimiento de la sanción por mora el consejo de estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018, establece 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 termino 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 termino 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 causara la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso en concreto se tiene que la fecha de solicitud de pago de las cesantías fue el **22 de julio de 2016**, dicha petición fue resuelta con la expedición de la resolución **7801 del 27 de octubre de 2016**, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para la reparación de vivienda y fue pagada el día **15 de mayo de 2017**.

Dicho esto, los 70 días para efectuar el pago de las cesantías discriminados así; 15 días hábiles, para la expedición del acto administrativo, 10 días hábiles como término de ejecutoria de la decisión y 45 días hábiles para la realización del pago finiquitaron el 15

⁷ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

⁸ «Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.»



de diciembre de 2016 por lo que se tiene que la mora se configuró a partir del 16 de diciembre de 2016 hasta el 28 de marzo de 2016, que equivale a 75 días de mora.

Así mismo, se debe tener en cuenta que el salario sobre el cual se debe hacer la liquidación de la mora, es el salario base y no como lo hace ver el actor. Esto conforme a lo expuesto en la sentencia de unificación 012 de 2018 que dispone que *"el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las **cesantías parciales** será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extienda en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990."*

Por otra parte, se indica que le corresponde al demandante la carga de presentar sus pretensiones y establecer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho acusar la nulidad del acto administrativo particular y concreto que efectivamente creó, modificó y/o extinguió un derecho o una obligación.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Segunda en providencia del 17 de octubre de 2018m M.P. William Hernández Gomez, radicado No. 25000-23-42-000-2014-02703-01 (3895-16) señaló:

...(...) "En atención a la definición que trae el código, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo, podrá pedir la nulidad del acto administrativo y consecuentemente solicitar el restablecimiento del derecho, por lo tanto, corresponde al afectado demandar aquel acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración que creó, modificó o extinguió la situación jurídica.

En efecto, las pretensiones que se plantean en la demanda son las que concretan la órbita de decisión del juez, y es el estudio de las mismas que permite determinar el alcance y los efectos jurídicos que eventualmente se obtendrían con la nulidad del acto administrativo demandado.

Para el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es relevante identificar la actuación que produjo el perjuicio, es decir, debe demandarse judicialmente aquel acto administrativo que generó la lesión alegada sobre el derecho subjetivo, para que pueda válidamente traducirse en un restablecimiento en favor de la parte demandante.

Nótese que las pretensiones que se plantean en la demanda delimitan el ejercicio de la capacidad decisoria del juez y por supuesto debe guardar congruencia la nulidad del acto con el restablecimiento del derecho pretendido, de lo contrario, se torna dificultosa la labor de adoptar una decisión de fondo, lo que indiscutiblemente llevaría a un fallo inhibitorio"(...)...



El demandante solicitó se declare la nulidad del acto ficto negativo que surgió por la supuesta ausencia de fondo a la petición radicada ante Fiduciaria La previsora S.A. referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora.

No obstante lo anterior, no se configuró el silencio administrativo toda vez que hubo contestación mediante oficio radicado No. S-2018-59986 del 27 de abril de 2018 como se observa en los anexos de la demanda.

IV. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA

Por cuánto el Ministerio de Educación Nacional, no fue la entidad que expidió el acto administrativo que reconoce la prestación social, por tanto, tampoco es quien debe pronunciarse sobre las demás solicitudes presentadas por la parte demandante, puesto que el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, le otorgó esta facultad a la Secretaria de Educación correspondiente. Es decir, dicho acto administrativo demandado establece una manifestación de la Secretaria de Educación de Bogotá, más no de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FOMAG, la cual se define por la ley 91 de 1989 en su artículo 3 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..."*.

Ahora bien, a partir de la vigencia del artículo 56 de la ley 962 de 2005 y del Decreto 2831 de 2005 en su artículo 2 que establece *"Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*. De esta forma actualmente el Ministerio, no tiene dentro de sus competencias el de reconocer prestaciones sociales.

Por tanto, al no ser el Ministerio de Educación Nacional el encargado de reconocer prestaciones sociales, tampoco sería la entidad encargada de reconocer la existencia de una sanción moratoria. Las entidades territoriales certificadas ostentan y ejercen actualmente la potestad nominadora y, que además administran las instituciones

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos y son quienes expiden el acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones económicas, están obligadas a reconocer, si tuviese aplicación las leyes sancionatorias.

2. INEPTITUD DE LA DEMANDA

El demandante solicitó se declare la nulidad del acto ficto negativo que surgió por la supuesta ausencia de fondo a la petición radicada ante Fiduciaria La previsora S.A. referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora.

No obstante lo anterior, no se configuró el silencio administrativo toda vez que hubo contestación mediante oficio radicado No. S-2018-59986 del 27 de abril de 2018 como se observa en los anexos de la demanda.

Por lo anterior se tiene que la persona que interpone una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe individualizar y demandar correctamente el acto administrativo particular y concreto que definió la situación jurídica so pena que se encuentre configurada la excepción de inepta demanda.

3. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY

La presente excepción se propone con base a la ley 91 de 1989 y al Decreto 2831 de 2005, puesto dicha normatividad consagra el procedimiento especial aplicable a lo que respecta a las prestaciones sociales de los docentes, por lo cual no se debería aplicar lo establecido en la ley 244 de 1995 modificado por la ley 1071 de 2006, ya que como es sabido en derecho prima la norma especial sobre la general; y es como se establece en la Sentencia C- 005 de 1996, en la cual la Corte Constitucional hace mención a que *"El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que, si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla". En consideración se debería aplicar a grandes rasgos el procedimiento especial de los docentes y esto conllevaría a no hacer extensiva una sanción moratoria que está establecida en una normatividad general.*

La Ley 91 de 1989, constituye el régimen legal especial de los docentes donde se estableció todos aquellos derechos, deberes y procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones que ésta contempla, por eso, frente al reconocimiento de las cesantías de los docentes, corresponde acudir al trámite especial regulado por dicha Ley y su Decreto reglamentario. El procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, es el procedimiento especial aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al FOMAG, por lo que mal haría aplicar el régimen establecido en la Ley 244 de 1971, modificada por la Ley 1071 de 2006, pues difiere a grandes rasgos del procedimiento especial de los docentes y, más aún, hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

regulado en una norma especial que así lo contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

4. PRESCRIPCIÓN

Se propone la prescripción como medio exceptivo de la reclamación solicitada por el demandante, que pretende reembolso de dineros descontados en salud, esto de acuerdo

con lo que resulte probado de conformidad con el artículo 488 del C.S.T, artículo 151 del C.P.L, artículo 41 del decreto 3135 de 1968, demás normas concordante y la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

5. 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 de los 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.

5. FALTA DE VINCULACIÓN DE LOS LITICONSORTES NECESARIOS

La parte demandante no vinculó en su demanda a la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial, con el fin que justificara la mora en la expedición del acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales. Según el Consejo de Estado *"existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante, litisconsorcio por activa, o demandado, litisconsorcio por pasiva, que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia, dentro del litigio, de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos"*⁹.

Hay que recordar que según el artículo 133 de la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) El proceso puede quedar sin efectos jurídicos, en todo o en parte, cuando:

"No se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder

⁹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 29 de mayo de 2014. C.P: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación Número: 70001-23-31-000-2005-01422-01(18915)



en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado".

6. INADECUADA INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, es una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.

En ese orden de ideas, esta sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una 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. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

La indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora.

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.

Según el Consejo de Estado "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"¹⁰.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018. C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)



Igualmente la Corte Constitucional ha señalado que *"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"*¹¹.

7. 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 empleado¹². El Alto Tribunal ha indicado que se trata de institutos que responden a las siguientes características definitorias: i) Son mecanismos que buscan desincentivar el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones, insolutas al momento de terminar la relación laboral; ii) Encuentran sustento constitucional en la necesidad de proteger la remuneración del trabajador que, al finalizar su vínculo laboral queda desprotegido económicamente, lo que obliga al pago oportuno de las acreencias debidas.

Ello implica que no es posible hacer confluír 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.

IV. PETICIONES

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, comedidamente solicito a Ud., que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

PRIMERO.- Declarar probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO.- Abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-448 de 1996. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.



PRUEBAS

Las allegadas por la parte actora.

ANEXOS

Poder para actuar

Los relacionados en el acápite de pruebas por parte de la actora.

NOTIFICACIONES

Mi representada recibe notificaciones en la calle 72 No. 10-03, correo electrónico: notjudicial@fiduprevisora.com.co

El demandante LUIS HUMBERTO BELTRAN GALVIS y su apoderado MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO pueden ser notificados en las direcciones que relacionaron en la demanda.

Cordialmente,

ISOLINA GENTIL MANTILLA

Cédula de ciudadanía número 1091660314 de Ocaña Norte de Santander
Tarjeta Profesional 239773 del Consejo Superior de la Judicatura

//El texto a continuación debe ir siempre y completo al final en toda comunicación externa.

"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.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda