



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIONES
(Artículo 175 CPACA)

SIGCMA

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2019-00190-00
Demandante	ANTONIO ABEL NUÑEZ MERCADO
Demandado	MINEDUCACION FOMAG
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a la parte demandante de la contestación de demanda presentada por el(a) apoderado (a) del demandado, MINEDUCACION FOMAG y de las excepciones que contenga el escrito de contestación de la demanda, presentado el día dos (02) de octubre de dos mil diecinueve (2019), visibles a folios 55 a 63 del expediente, cuaderno número uno (1), hoy martes veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

EMPIEZA EL TRASLADO: MIERCOLES VEINTRES (23) DE OCTUBRE DE 2019,
A LAS 8:00 A.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE EL TRASLADO: JUEVES VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DE 2019,
A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718



Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Cartagena

De: Camargo Sandoval Mayerli <t_mcamargo@fiduprevisora.com.co>
Enviado el: martes, 01 de octubre de 2019 5:42 p.m.
Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Cartagena; Secretaria General Tribunal Administrativo - Bolivar - Bolivar
Asunto: Contestación demanda ANTONIO ABEL NUÑEZ MERCADO 2019 00190
Datos adjuntos: ANTONIO ABEL NUNEZ-20191001164815.pdf; PODER DR SANABRIA.pdf
Importancia: Alta

Buenas tardes,

Por medio del presente me permito remitir escrito contentivo de contestación de la demanda, para el expediente de la referencia, y que es de conocimiento del Honorable Magistrado ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS; es de advertir que los escritos en físico así como sus respectivos anexos han sido remitidos por correo certificado. A continuación los relaciono:

Agradezco la atención y colaboración prestadas.

● presente dirección de correo electrónico, no está habilitada para efectos de notificación.

MAYERLI CAMARGO SANDOVAL
Abogado Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG
 Bogotá, D.C., - Colombia



www.fiduprevisora.com.co

f fiduprevisora @fiduprevisora
 % fiduprevisora



SECRETARIA TRIBUNAL ADM
 TIPO: ESCRITO DE CONTESTACION DE LA DEMANDA DE PARTE DEL FOMAG, DES.
 RCHC.
 REMITENTE: CORREO ELECTRONICO
 DESTINATARIO: ROBERTO CHAVARRO COLPAS -D-0
 CONSECUTIVO: 20191071219
 No. FOLIOS: 9 — No. CUADERNOS: 0
 RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM
 FECHA Y HORA: 2/10/2019 09:56:41 AM
 FIRMA:

● La información contenida en este correo y sus anexos es confidencial y/o privada. Solo puede ser utilizada por la persona o empresa a la cual está dirigida. Si Usted no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este correo es prohibida y sancionada por la ley. Si por error recibe este correo, por favor reenviarlo al remitente de Fiduprevisora S.A. y/o elimine el mensaje original incluyendo sus archivos anexos. La respuesta a este correo con el envío de información personal, propia o de terceros, implica su aceptación inequívoca al eventual uso o tratamiento de datos personales que realice Fiduprevisora S.A conforme a las finalidades contenidas en la política de protección de datos personales publicada en www.fiduprevisora.com.co, en la cual se detallan entre otros aspectos, los derechos que le asisten como titular de información para realizar consultas, peticiones o reclamos relacionados con el tratamiento de información por parte de Fiduprevisora S.A. Así mismo, podrá solicitar información relativa a protección de datos personales en los siguientes canales de atención: Dirección Calle 72 No. 10-03, Bogotá, Teléfono (1) 5945111 o al correo electrónico: protecciondedatos@fiduprevisora.com.co. “Defensoría del Consumidor Financiero – Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity de la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. Correo electrónico: 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 corresponsalía 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. Fiduprevisora S.A. remite la información contenida en este mensaje de datos por considerar que es de su interés. SB



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

Doctor:
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Honorable Magistrado
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
CALLE 33 8-52
Correo electrónico: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
sgtadminbol@notificacionesri.gov.co
Cartagena, Bolívar.

Ref. Alegatos de conclusión
Rad. Medio de Control Nulidad y restablecimiento del Derecho No. 13001233300 2019 00190 00
Accionante: ANTONIO ABEL NUÑEZ MERCADO

MAYERLI CAMARGO SANDOVAL, mayor de edad e identificada como registra al pie de mi firma, en ejercicio de la facultad de representación legal del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, con ocasión al poder de sustitución conferido por el Apoderado Judicial principal Doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS conforme a la Escritura Publica No. 522 del 28 de marzo de 2019 de la Notaría 34 del Circulo de Bogotá D.C., modificada por la escritura pública No. 0480 de 03 de mayo de 2019, protocolizada en la notaria 28 del circulo de Bogotá, finalmente aclarada por la Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, protocolizada en la notaria 28 del circulo de Bogotá, por el delegado Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional; me permito por medio del presente escrito dar contestación a la demanda de la siguiente manera:

I. A LOS HECHOS GENERALES

HECHO PRIMERO: es cierto, como quiera que de las pruebas adosadas al plenario con la demanda se infiere.

HECHO SEGUNDO: es parcialmente cierto, como quiera que dentro de las documentales sobrante en el plenario, se allego copia de la Resolución No. 2190 del 5 de julio de 2017 por medio de la cual la entidad nominadora Secretaria de educación departamental de Bolívar reconoció y emitió orden pago respecto del auxilio de cesantías deprecado por la aquí accionante.

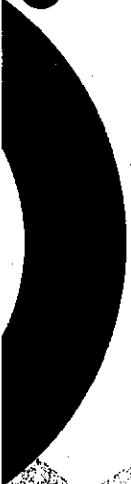
De tal suerte que se hace necesario precisar lo siguiente: el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES no es una entidad estatal, ni mucho menos nominadora, se itera que se trata de una cuenta especial del Estado donde convergen los recursos dispuestos por el Ministerio de Hacienda a favor del Ministerio de Educación Nacional para todo lo relativo con el pago de las obligaciones prestacionales de los docentes afiliados, que dichos recursos son administrados por una fiduciaria, por ende dicha figura jurídica (FOMAG) no tiene la capacidad para expedir, resolver recursos y todo lo atinente a los actos administrativos relacionados con el reconocimiento y orden de pago frente a los temas prestacionales de los docentes, más que dar cumplimiento a las órdenes de pago emanadas por el nominador, que para este caso sería la Secretaria distrital de educación de Barranquilla.

HECHO TERCERO: es cierto, como quiera que dentro de las documentales sobrante en el plenario, se allego copia de la Resolución No. 2190 del 5 de julio de 2017, por medio de la cual la entidad nominadora Secretaria de educación departamental de Bolívar reconoció y emitió orden pago respecto del auxilio de cesantías deprecado por la aquí accionante.

Oficina Principal
Bogotá D.C.: Calle 72 No. 10-03
Línea de Atención Nacional: 01 8000 91-90 15
Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031
www.fomag.gov.co

Fomag @FomagOficial

VISILADO MINISTERIO NACIONAL DE EDUCACION DE COLOMBIA





Al contestar por favor cite
Radicado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

HECHO CUARTO: es cierto, pues obra dentro de las pruebas anejadas con el libelo demandatorio, constancia de notificación personal al accionante de la Resolución No. 2190 del 5 de julio de 2017, diligencia que se realizó el día 11 de julio de 2017.

HECHO QUINTO: es parcialmente cierto, pues se itera que en la constancia de notificación personal de la resolución No. 2190, que se llevó a cabo el 11 de julio de 2017, se evidencia la anotación de la renuncia de términos de ejecutoria del acto administrativo suscrita por el accionante.

HECHO SEXTO: es cierto, ya que como consta en el cuerpo de la Resolución No.2190 del 5 de julio de 2017, la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías fue radicada por el accionante, el día 15 de marzo de 2017 bajo número de radicación 2017-CES-422010.

HECHO SEPTIMO: se estará a lo probado en el decurso del proceso.

HECHO OCTAVO: frente a la manifestación <...A partir del 04 de julio de 2017, comenzó a correr la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en favor de mi mandante,...> se estará a lo probado dentro del proceso.

Ahora bien, téngase en cuenta que la no inclusión de factores salariales al momento de la liquidación del auxilio de cesantías, no determina en ningún caso la aplicación de la sanción moratoria, ya que esta obedece a la tardanza en la cancelación de la prestación social una vez es reconocida por la entidad nominadora.

Desde ya se advierte al Despachó la improcedencia de lo pretendido en la demanda, como quiera que el señor Antonio Abel Nuñez Mercado respecto del auxilio de cesantías, lo regía el régimen retroactivo, dado el hecho que su vinculación a la docencia se dio el día 11 de abril de 1978, sumado a lo anterior téngase en cuenta que la sanción moratoria es propia del régimen anualizado procedente de la ley 50 de 1990 con vigencia posterior a la vinculación del accionante.

HECHO NOVENO: se advierte que no se trata de un hecho, como quiera que no se compone de los presupuestos legales y doctrinales de tiempo, modo y lugar; es más una manifestación subjetiva del togado que como se advirtió en pronunciamiento del hecho anterior, en nada sustenta las pretensiones de la demanda pues lo pretendido obedece al reconocimiento y pago de la sanción moratoria estipulada en la ley 244 de 1995 y ley 1071, que no obedece a la no inclusión de factores salariales, sino a la demora en el pago del auxilio de cesantías reconocido.

Finalmente, en lo que respecta a la reliquidación de las cesantías reconocidas por Resolución No. 2190 del 5 de julio de 2017 con la inclusión de factores salariales, se advierte que dicho yerro fue subsanando por la entidad territorial a través de Resolución No 3153 del 9 de agosto 2018.

HECHO DECIMO: es cierto, como obra en las documentales dentro del plenario.

HECHO DECIMO PRIMERO: es cierto, así se extrae de la revisión de las pruebas obrantes dentro del plenario.

HECHO DECIMO SEGUNDO: se estará a lo probado en el decurso del proceso, toda vez que si bien obra dentro del plenario copia de la solicitud referida, pero se advierte que la misma no obra constancia de radicación en las instalaciones de la Secretaría Departamental de Bolívar, sino un número de radicación a manuscrito ilegible en algunos apartes con fecha 22 de febrero de 2018.

HECHO DECIMO TERCERO: es cierto, así consta en el acervo probatorio dentro del proceso.

HECHO DECIMO CUARTO: es cierto, ya que obra dentro del plenario copia de la Resolución No 3135 del 9 de agosto de 2018, por medio de la cual la secretaria Departamental de educación de Bolívar corrigió el yerro en que incurrió al no incluir la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías, pese al concepto emitido por el Ministerio de educación nacional bajo radicado 20156000002331 del 8 de enero de 2015, que fue de conocimiento de todas las entidades territoriales.

HECHO DECIMO QUINTO: es cierto, así consta en la copia de la Resolución No 3135 del 9 de agosto de 2018.

Oficina Principal
Bogotá D.C. Calle 72 No. 10-03
Línea de Atención Nacional: 01 8000 91 90 15
Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031
www.fomag.gov.co



Al contestar por favor cite:
Radiado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

HECHO DECIMO SEXTO: es cierto, toda vez que de la lectura de la resolución No 3135 del 9 de agosto de 2018 se infiere que no se accedió a lo peticionado respecto de la sanción moratoria.

HECHO DECIMO SEPTIMO: no es cierto, como quiera que los dineros por concepto del reajuste de las cesantías se hicieron el día 28 de septiembre de 2018, la fecha del 16 de octubre de 2018 obedece al día en que los referidos dineros fueron retirados de la entidad bancaria.

HECHO DECIMO OCTAVO: no es cierto, habida cuenta que como se expuso líneas atrás la sanción moratoria dispuesta en la ley 244 de 1995 y ley 1071, se causa por una única vez ante la demora en la cancelación por concepto de auxilio de cesantías (no por reajuste) regidas por el régimen anualizado, como quiera que ya se advertido que respecto de las cesantías del accionante se encontraban regidas por el régimen retroactivo frente al cual no opera la sanción moratoria.

HECHO DECIMO NOVENO: no es cierto, se itera lo expuesto frente a la no operancia de la sanción moratoria para el caso sub judice.

HECHO VIGESIMO: no es un hecho, relevante a las pretensiones, por cuanto se trata del trámite cursado del requisito de procedibilidad, circunstancia esta que no es objeto de litigio.

HECHO VIGESIMO PRIMERO: se itera que no se trata de un hecho, por cuanto se plasma el trámite impartido a la solicitud de conciliación prejudicial, irrelevante para el objeto de la acción.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

1.- Se considera que no es procedente, en consecuencia me opongo en principio a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 3135 del 9 de agosto de 2018 como quiera que este acto administrativo resolvió sobre el ajuste a la cesantías definitivas deprecado por la accionante, en tanto que la prestación inicialmente reconocida por Resolución No.2190 de 5 de julio de 2017 fue pagada con anterioridad la reajuste.

2.- En lo que respecta al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se pone de presente al Despacho con antelación, que dicha pretensión y las subsecuentes a esta no están llamadas a prosperar, habida cuenta que del acervo probatorio adosado con el libelo demandatorio, se establece que frente al auxilio de las cesantías del señor Antonio Abel Nuñez Mercado se encuentra inmerso en el Régimen Retroactivo de Cesantías, dado el hecho que su vinculación a la docencia se dio el día 17 de abril de 1978 con antelación a la expedición de la leyes 91 de 1989 que creo en Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ley 244 de 1995 que establece la sanción moratoria procedente respecto del Régimen anualizado de cesantías y finalmente de la ley 1071 que modifico la anterior; lo que denota a todas luces la improcedencia de las pretensiones en lo atinente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

3.- Misma suerte deberán correr las demás pretensiones que se desprende de la referida líneas atrás, como quiera que se fundan en la declaratoria de nulidad de nulidad de la Resolución No. 3135 del 9 de agosto de 2018 y reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como normas aplicables a la presente contestación, la Ley 91 de 1989, Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1997 la Ley 244 de 1995; La Ley 1071 de 2006; Decreto-Ley 2158 DE 1948.

Oficina Principal
Bogotá D.C.: Calle 72 No. 10-03
Línea de Atención Nacional: 01 8000 91 90 15
Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031
www.fomag.gov.co

f Fomag @FomagOficial

VIGILADO





Al contestar por favor cite
Radicado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

IV. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito se nieguen cada una de las pretensiones y en su lugar, se declaren probadas las excepciones que a continuación se exponen:

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación ad causam, es aquella condición con la que todos los sujetos procesales que conforman la litis, comparten la titularidad de una relación jurídica sustantiva indivisible, de acuerdo con las normas del derecho material que es la que otorga dicha legitimidad. En tal sentido la participación o intervención de los litisconsortes en el procedimiento debe ser imprescindible, a fin de obtener una sentencia de mérito o de fondo.

Así las cosas es preciso advertir al Despacho que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, carece de legitimación por cuanto no tiene competencia alguna frente a todo lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, aclarando que para el presente caso en concreto se configura la Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Fondo, dado que se trata de una figura legal que obedece a la conformación de un Patrimonio Autónomo con los recursos puestos a disposición de las partidas presupuestales del Gobierno Nacional por el Ministerio de Hacienda para su homólogo Ministerio de Educación, a fin que con estos dineros se cubran las prestaciones sociales de los docentes afiliados.

Lo anterior, en virtud del mandato legal establecido en la Ley 91 de 1989, al que se dio cumplimiento en primer término con la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil protocolizado por escritura pública No 0083 del 21 de junio de 1990, en el cual se establece las partes involucradas en el acto jurídico (a saber Nación Ministerio de Educación como fideicomitente y Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S.A. como fiduciaria administradora del Fondo) así como las obligaciones propias de cada uno de los intervinientes.

De tal suerte, que al Fondo Nacional para las Prestaciones Sociales del Magisterio, **NÓ** le asiste ninguna obligación relacionada con la concesión de prestaciones sociales de los docentes (expedición de actos administrativos, decisión de recursos etc.), por cuanto no es sujeto susceptible de obligaciones ni derechos, aunado al hecho que éstas por ley están reservadas a las entidades territoriales nominadoras.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO

En lo que respecta a la sanción por mora ante la extemporaneidad en la cancelación del auxilio de las cesantías deprecado, el Consejo de Estado ha decantado Jurisprudencia dentro de la que se cuenta la sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, en la cual ilustró:

"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 estatuido.

VIGILADO
SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN



Al contestar por favor cite:
Radicado No. 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

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 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.

Más adelante concluye:

“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.” (Subrayas fuera de texto).

Establecida la naturaleza jurídica de la sanción moratoria, que obedece a una multa pecuniaria mas no a una prestación social; nos adentramos a lo reglado por la Ley 91 de 1989, que frente a las cesantías estableció en el numeral 3 de su artículo 15 lo siguiente:

“3. Cesantías:

Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año. (subrayado fuera de texto original)

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

Es así, que de la lectura de la norma precita se desprende que, respecto de los docentes vinculados al servicio hasta la entrada de su vigencia (entiéndase 31 de diciembre de 1989) continuarán subordinados a las reglas del régimen prestacional que los cobijada, y las normas vigentes a la fecha, que para lo atinente a las cesantías serían:

Ley 6ª de 1945; Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1997 mismas que conforman el **Oficina Principal**

Bogotá D.C.: Calle 72 No. 10-03

Línea de Atención Nacional: 01 8000 91 90 15

Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031

www.fomag.gov.co

Fomag

@FomagOficial

VIGILADO



Al contestar por favor cite:
Radicado No. 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

régimen de carácter retroactivo, que difiere del reglaco por la ley 50 de 1990 así mismo de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995.

Descendiendo al caso en concreto, téngase en cuenta que la aquí accionante se vinculó al servicio como docente el 12 de septiembre de 1983 por ende, el régimen del auxilio de cesantías que la regia era el retroactivo, al cual no le es aplicable la sanción moratoria por el retraso en el pago de las cesantías previsto en la ley 244 de 1995 por obvias razones, ya que sus efectos no son retroactivos, es decir esta penalidad es propia del régimen anualizado de cesantías.

De tal suerte, que las pretensiones esgrimidas por la demandante no son de recibo, habida cuenta que la sanción moratoria es propia del régimen de auxilio de cesantías anualizado, el cual no rige a la accionante dada la fecha de su vinculación al servicio de docente.

DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA

Tal como se explicó en los primeros incisos de la presente contestación, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG", es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica y administrado por entidad fiduciaria FIDUPREVISORA, ahora bien, para establecer si la sanción moratoria debe ser asumida por la entidad fiduciaria con cargo a dicho fondo debemos tener en cuenta: i. naturaleza jurídica y finalidades del "FOMAG", ii. fuente de las obligaciones de la FIDUPREVISORA en ejecución del contrato de fiducia mercantil, iii. naturaleza jurídica y finalidades de la sanción moratoria.

En primer lugar la naturaleza jurídica –como bien ya se explicó– se encuentra determinada como patrimonio autónomo y descrita desde su misma génesis –ley 91 de 1989– como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica; la cual es administrada por la FIDUPREVISORA bajo los parámetros del contrato de fiducia mercantil, desde su inicio fue creado con los siguientes objetivos :

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Una vez vistos la naturaleza jurídica del "FOMAG", y así mismo, sus objetivos o finalidades con las cuales fue creado, vemos pues que la obligación por naturaleza propia es atender las prestaciones sociales del personal afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente "provee" los recursos y la fiduciaria administra pero quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar

Oficina Principal

Bogotá D.C.: Calle 72 No. 10-03

Línea de Atención Nacional: 01 8000 91 90 15

Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031

www.fomag.gov.co



Al contestar por favor cite:
Radicado No: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado.

En cuanto a la administración de los recursos por parte de la entidad fiduciaria las obligaciones de esta tienen dos fuentes a saber: la ley, y el acuerdo de voluntades.

Primordialmente la ley consagra las reglas del contrato de fiducia a partir del artículo 1226 del código de comercio en el cual se establecen entre otras las diferentes obligaciones de la fiduciaria, sin embargo es hasta el artículo 1232 que se puntualizan las obligaciones de la misma estableciendo que:

"ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: (...) 4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; (...)."

Por su parte, el mentado contrato de fiducia mercantil establece como obligaciones de la fiduciaria:

"(...) obligaciones relacionadas con los pagos que deben efectuarse con cargo al fondo. (...)

Los pagos que corresponden al fondo son;

(...)

C. Cesantías definitivas y cesantías definitivas a beneficiarios.

d. Cesantías parciales de acuerdo con lo establecido en la ley y las prioridades señaladas por el Consejo Directivo."

Podemos ver que en síntesis los fines del fondo son pagar las prestaciones de los afiliados entre otros, y las obligaciones de la Fidupervisora son cumplir los fines del fondo, administrar los recursos y cumplir con las obligaciones de orden legal y contractual del contrato de fiducia.

Finalmente, vamos a plantear la finalidad y naturaleza de la sanción moratoria en los siguientes términos:

La sanción moratoria por no pago de cesantías, ostenta la misma génesis y finalidad que cualquier tipo de sanción en derecho laboral, se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye infracción de una norma jurídica, ahora bien, en nuestro caso, la sanción se produce por la conducta de la mora —es decir el retardo— en el pago de las cesantías, ese retardo debe obedecer a violentar los términos dados por la ley y ya suficientemente decantados por la jurisprudencia, luego, la consecuencia, por demás negativa por dicha conducta, obedece no a un premio al trabajador sino a un castigo a quien ocasionó dicho retardo por su negligencia o falta de observancia de los términos legales.

Explicado lo inmediatamente anterior, la pregunta es: ¿quién es el causante de la demora que legitima la sanción que pretende el hoy demandante?, ya vimos el papel que juega el fondo de prestaciones sociales del magisterio y de igual forma las finalidades del contrato de fiducia y las obligaciones de la entidad fiduciaria y no podemos admitir que se castigue la negligencia que quien no provocó la sanción.

VIGILADO





Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

Sobre el particular cabe señalar que así lo observa la misma norma debido a que dentro del proceso que nos ocupa se establece el procedimiento para dicho pago, y cabe acotar que la carga de autorizar y proporcionar los medios para generar el pago le corresponde al ente territorial:

"Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

Artículo 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria, luego es allí, en el ente territorial y no por parte del administrador del FOMAG en donde se origina, donde nace la mora, y debe ser por la finalidad de la figura, allí donde recaigan sus efectos y no sobre quien simplemente efectúa los pagos.

Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

Artículo 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria."

Ahora bien, la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 en su artículo 57 menciona la eficiencia en la administración de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y lo siguiente:

"(...) Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías”.

Por todo lo anteriormente expuesto y desglosado, y vistos los elementos relacionados con el contrato de fiducia mercantil, la finalidad del FOMAG, las obligaciones especiales de la fiduciaria, la naturaleza y finalidades de la sanción, así como el hecho de determinar quién es el causante del acaecimiento de la mora, es preciso advertir que no es la Fiduprevisora “CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FOMAG”, la llamada a soportar la carga o el castigo de una mora que esta no generó y que peor aún, no tiene la posibilidad real de evitar.

IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN

En este estadio no hace falta hacer mayor disertación sobre el tema debido a que lo relativo a la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada al momento, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante sentencia de unificación, donde precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora. Indicó que esta última se trata de una multa que 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”. Es decir, se trata de una “sanción o penalidad” que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza. No se trata, entonces, de un derecho laboral:

“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.

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.

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.

Oficina Principal
Bogotá D.C.: Calle 72 No. 10-03
Línea de Atención Nacional: 01 8000 91 90 15
Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031
www.fomag.gov.co



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

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."

Corolario de lo anterior, se ha probado la improcedencia para el presente caso de la indexación pretendida por la parte actora.

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

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

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

INNOMINADA O GENÉRICA

Solicito al señor juez que declare probada cualquier excepción que resulte del material probatorio aportado por las partes y de los hechos que se comprueben en esta litis.

VI. PRUEBAS

Solicitamos se tengan como pruebas las aportacas en debido tiempo al plenario.

V. ANEXOS

1. Escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019
2. Escritura pública No.0480 de 03 de mayo de 2019
3. Escritura pública No. 1230 de 11 de septiembre de 2019
4. Sustitución del poder.

Acorde con lo anterior se le solicita al Despacho, reconocer las respectivas personerías adjetivas.

Oficina Principal
Bogotá D.C.: Calle 72 No. 10-03
Línea de Atención Nacional: 01 8000 91 90 15
Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031
www.fomag.gov.co

VIGILADO ADMINISTRACIÓN FINANCIERA No. 001-2019

fomag



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182209481
Fecha: 01-10-2019

VIII. NOTIFICACIONES

El MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL las recibirá por intermedio de la Señora Ministra de Educación, en la Calle 43 # 57-14, Centro Administrativo Nacional (CAN), Bogotá D.C., y/o en el correo o dirección electrónica, exclusivamente para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

Por su parte el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para efectos de notificaciones las recibirá a través de la dirección de correo electrónico procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, o en su defecto en la dirección Calle 72 N° 10-03 de la ciudad de Bogotá D.C.

La suscrita recibirá notificaciones judiciales en el correo: notjudicial@fiduprevisora.com.co.

Cordialmente,

MAYERLIN CAMARGO SANDOVAL

Abogada Unidad Especial Defensa Judicial FOMAG.

C.C. No. 52.709.599 de Bogotá D.C.

T.P. No. 163701 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

Revisó: Julio Cesar Calderón Rodríguez Coordinador Zona 2.

VIGILADO
INFORMACIÓN
DE FOMAG

"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.

Oficina Principal

Bogotá D.C.: Calle 72 No. 10-03

Línea de Atención Nacional: 01 8000 91 90 15

Línea Directa Atención al Cliente: +57 (1) 516 9031

www.fomag.gov.co

Fomag

@FomagOficial



La educación
es de todos

Mineducación



Doctor:
ROBERTO AMRIO CHAVARRO COLPAS
Honorable Magistrado
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
Cartagena, Bolívar
E. S. D.

REFERENCIA: SUSTITUCIÓN DE PODER

Radicado: 13001233300 2019 00190 00
Acclonante: ANTONIO ABEL NUÑEZ MERCADO
Accionado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - 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 LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, N.I.T.: 899.999.001-7, conforme al Poder General otorgado por el Doctor LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, mediante Escritura Pública No. 522 de 28 de marzo de 2019, protocolizada en la notaría 34 del círculo de Bogotá, modificada por la escritura pública No. 0480 de 03 de mayo de 2019, protocolizada en la notaría 28 del círculo de Bogotá, finalmente aclarada por la Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, protocolizada en la notaría 28 del círculo de Bogotá, en calidad de 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 y 02029 del 04 de marzo de 2019, expedida por la MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL, lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes.

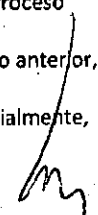
Manifiesto a su despacho que sustituyo poder la abogada MAYERLI CAMARGO SANDOVAL, identificada civil y profesionalmente como aparece junto a su firma, con las mismas facultades a mí conferidas, incluida la de sustituir y conciliar, no obstante lo anterior, se ceñirá a las disposiciones de la entidad 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.

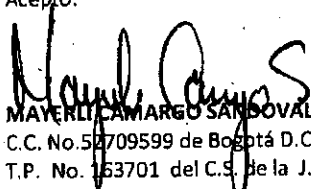
La presente sustitución se presume autentica de conformidad con el Inciso Segundo del Artículo 74 del Código General del Proceso

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:


MAYERLI CAMARGO SANDOVAL
C.C. No. 50709599 de Bogotá D.C.
T.P. No. 163701 del C.S. de la J.

Sírvase remitir las notificaciones a los correos electrónicos: notjudicial@fiduprevisora.com.co y/o procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co