

SEÑOR
JUEZ UNICO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE LETICIA
E. S. D.

PROCESO: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MOISES MARTINEZ PEREIRA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG
RADICADO: 91001333300120220017300

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

MAGDA SOHAD VARGAS GAMBOA, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1101754270 de Vélez Santander, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 219736 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada del Ministerio de Educación Nacional, -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con el poder de sustitución conferido por la Doctora; **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, conforme a las atribuciones otorgadas por medio de escritura pública Escritura Pública **No. 129 de 19 de enero de 2023**, protocolizada en la notaría 27 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. 018907 del 26 de septiembre del 2022**, expedida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, según lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes, por medio de la presente me permito presentar **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** por parte de la Entidad aquí demandada, a saber, la Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera dentro del proceso de la referencia:

1. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones presentadas dentro de la demanda por carecer de sustento fáctico y legal, como se demostrará a continuación y así mismo solicito de manera respetuosa al **despacho ABSOLVER a la NACION- MAGISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de todo cargo.

1.1 DECLARATIVAS

PRIMERA: Me opongo a que se DECLARE la nulidad del acto administrativo ficto, en cuanto negó el derecho a pagar la indemnización moratoria por el no pago de cesantías ni intereses sobre cesantías dentro del tiempo establecido, conforme con la Ley 50 de 1990, por cuanto no se configuró el acto ficto o presunto cuya nulidad se pretende.

SEGUNDA: Me opongo a que se DECLARE que el demandante tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN POR MORA, consagrada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, por cuanto existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

1.2 CONDENA

PRIMERA: Me **OPONGO** como quiera que la parte accionante NO le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías en los términos indicados. En suma, debe ponerse de presente que, la Ley 344 de 1996 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por la presunta consignación inoportuna de las cesantías reclamadas. La ley 50 de 1990 no es aplicable al Magisterio, puesto que, la norma de derecho sustancial aplicable a la sanción moratoria derivado del pago tardío de las cesantías es la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 270 de 1996

SEGUNDA: Me **OPONGO** como quiera que la parte accionante NO le asiste el derecho al reconocimiento de los intereses de las cesantías en los términos indicados. En suma, debe ponerse de presente que, la Ley 344 de 1996 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por la presunta consignación inoportuna de los intereses de cesantías reclamados. La ley 50 de 1990 no es aplicable al Magisterio.

TERCERA: Me **OPONGO** en cuanto la pretensión NO tiene vocación de prosperidad, en los términos indicados y por las razones que se expondrán en las excepciones propuestas.

CUARTA: Me **OPONGO** debido a que, al ser esta pretensión legitimada como efecto de las anteriores, al no prosperar las pretensiones que anteceden, indefectiblemente no está llamada a prosperar la pretensión en mención.

QUINTA: Me **OPONGO**, por cuanto al demandante no le asiste derecho a lo pretendido y en cualquier caso según lo dispuesto en la en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, en caso de proferirse sentencia en contra, la entidad pública cuenta con 10 meses para dar cumplimiento al fallo.

SEXTA: Me **OPONGO** debido a que NO existe fundamento fáctico ni jurídico alguno que habilite al Despacho a emitir condena en costas en contra de mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 de Código General del Proceso ni el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

2. EN CUANTO A LOS HECHOS

FRENTE AL HECHO PRIMERO: Es cierto, en la medida en que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se refiere a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales (FOMAG) como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial y sin personería jurídica.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: Es parcialmente cierto, en la medida en que no es el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 el que se refiere a las cesantías a cargo del FOMAG, sino el numeral 3 del mismo artículo.

FRENTE AL HECHO TERCERO: No es cierto, en la medida en que, tal como se indicó en las consideraciones preliminares, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 se contrae a indicar que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, más no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente. De la simple lectura del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se puede concluir que el demandante está agregando textos que la norma que cita no contiene, lo cual peligrosamente podría confundir a la administración de justicia en el entendimiento del litigio que se está examinando.

FRENTE AL HECHO CUARTO: No es cierto, en la medida en que los intereses de las cesantías del demandante fueron liquidados conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*” expedido por el Consejo Directivo del FOMAG (con la salvedad de acción de nulidad que se encuentra en curso y que se describió en el numeral anterior). Como se anotó, el apoderado judicial de la demandante pretende que al docente se le aplique un esquema normativo que le resulta mucho **menos** beneficioso que el de su régimen especial.

FRENTE AL HECHO QUINTO: No es cierto, en la medida en que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*” expedido por el Consejo

Directivo del FOMAG. Es importante mencionar que, como más adelante se expondrá, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019 (Expediente: 76001-23-31-000-2009-00867-01, número interno: 4854-2014) el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido el comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo). Debe resaltarse, que sobre el acuerdo del Consejo Directivo del FOMAG pesa una demanda de nulidad simple por inconstitucionalidad, presentada por la misma firma que apodera a la docente demandante, y que se tramita ante el Consejo de Estado (Expediente: 11001032500020210068600, sección segunda, subsección A). Por tanto, hasta tanto no exista decisión de fondo y debidamente ejecutoriada, el contenido del acuerdo permanece en el mundo jurídico con plenos efectos frente a la liquidación de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG.

FRENTE AL HECHO SEXTO: NO SE EVIDENCIA EN LOS SOPORTES DOCUMENTALES, ello si se considera que con el soporte de radicación al que se hace mención, y allegado con el escrito de demanda, no se evidencia constancia de recibido por parte de las entidades que represento.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO: Es cierto, en la medida en que, ante la Procuraduría Judicial para asuntos Administrativos, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial en donde, entre otros casos, se intentó la conciliación respecto de las pretensiones del demandante relacionadas con las solicitudes realizadas en la demanda. De acuerdo con lo consignado en la constancia expedida por el despacho de la procuraduría, la conciliación fue declarada fallida por la ausencia de ánimo conciliatorio por parte de LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que, vale la pena resaltar, se sustentó en los argumentos jurídicos que retomaremos en los siguientes apartes.

FRENTE AL HECHO OCTAVO: No corresponde a un supuesto de hecho, corresponde a la transcripción de un extracto de la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2020, proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente con radicado No. 08001-23-33-0002014-00132-01.

3. CON RESPECTO A LAS SOLICITUDES PROBATORIAS

Respetuosamente solicito a su honorable despacho se nieguen todas y cada una de las solicitudes probatorias toda vez que las mismas carecen de fundamento legal y son inconducentes, impertinentes, bajo el entendido de que el Demandante al solicitar las mismas requiere la

certificación de consignación de las cesantías conforme al régimen de Cesantías y no conforme al régimen aplicable al personal Docente, y como se expondrá mas adelante, la parte demandante es consciente del régimen especial que se le aplica al personal docente conforme al hecho primero que el propone, en ese orden de ideas es de conocimiento que **la particularidad del FOMAG es que no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías**, en ese sentido hablamos de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea.

4. **FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA**

ASPECTOS PRELIMINARES

1. **La demanda se encuentra fundada en supuestos de hecho falsos e inexistentes:** El demandante, cuando plantea la secuencia de los supuestos de hecho en los cuales fundamenta sus pretensiones, hace referencia a apartes normativos inexistentes. Concretamente, **el hecho tercero de la demanda** señala que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 modificó la Ley 91 de 1989, y que, a partir de su entrada en vigor, las entidades territoriales, según el demandante, deben pagar intereses de cesantías antes del 30 de enero y consignar las cesantías en una cuenta individual del docente antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que fueron causadas. La simple lectura del tenor literal del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 permite a cualquiera evidenciar que no existe en el texto normativo mención alguna a estos aspectos, ya que la norma jamás se refiere a fechas y mucho menos a cuentas individuales de los docentes en el FOMAG. Esta norma se contrae a indicar que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. En conclusión, se observa que, la forma en que se plantean los hechos de la demanda peligrosamente intenta desviar la atención de la administración de justicia, generando confusión respecto de lo que expresamente se encuentra previsto en el artículo 57 en mención.
2. **Las pretensiones de la demanda contrarían los beneficios que tienen los docentes del FOMAG:** Dentro de las peticiones de la demanda, se observa que, en el numeral segundo, el apoderado solicita que los intereses de las cesantías del docente se tramiten bajo el amparo de las normas establecidas para los trabajadores particulares. Esta posición, desconoce y pasa por alto que la norma especial prevista para los docentes del FOMAG, esto es, el inciso 2, del

numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, resulta mucho más beneficiosa para la demandante en materia de liquidación de intereses, hecho que aritméticamente se comprobará en la presente contestación de demanda.

Por tanto, el apoderado de la demandante, en procura de unos beneficios que eventualmente podrían generarse en el hipotético caso de un fallo favorable, solicita la aplicación que en demasía merma los beneficios que en materia de intereses ostenta el trabajador del sector educativo que concurre a la presente demanda.

3. Indebida interpretación de la jurisprudencia relativa a las cesantías de los docentes del FOMAG: En la sustentación del concepto de violación, el demandante reseña una serie de pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mediante los cuales pretende sustentar sus pretensiones. Sin embargo, es importante precisar que el alcance de la jurisprudencia no corresponde a la que le endilga el demandante, situación a la se hará referencia puntualmente en el desarrollo de la contestación de la demanda.

Por otro lado, la parte demandante, es consciente de la creación del FOMAG como un régimen especial conforme al hecho primero, conforme al hecho segundo también lo es de que ellos tienen un régimen especial, pero adicional, frente al reconocimiento y pago de cesantías también lo es, del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que indican la eficiencia en la administración de los recursos del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, si lo es del acápito que le interesa, que para el presente caso es que las cesantías definitivas y parciales de los docentes sean reconocidas y liquidadas por la secretaria de Educación de la Entidad territorial y pagadas al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, también lo es del párrafo 4 del artículo 57 que reza 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”.

Aquí el demandante tiene una posición que al mismo tiempo se contradice con lo que está solicitando pues por un lado tiene presente que el personal docente está sometido a un régimen especial que habidas cuentas es más beneficioso que el régimen que le aplica a los que no son personal docente o que no se encuentran vinculados al FOMAG, precisamente la intención del

legislador al expedir la ley 91 de 1989, es hacer una diferenciación positiva a favor del personal docente y que no posee otras personas que no ostenten la calidad y requisitos para afiliarse a dicho régimen o ser cobijados por el mismo; por el otro lado la parte demandante, también tiene conocimiento de la responsabilidad que se tiene en la eficiencia en la administración de los recursos del fondo, y de la situación de orden legal de que no puede decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del FOMAG, pero además haciendo las veces de legislador al agregar al mentado apartado fechas que la misma norma no contempla desarticulando así el sistema normativo, como se expuso anteriormente y se evidencia a continuación:

“Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las ENTIDADES TERRITORIALES y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las CESANTIAS en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente”

Para de esta forma desconocer los principios de la función administrativa artículo 209 de la Constitución Nacional, sino que también la buena administración de los recursos del Estado, conforme al artículo 57 de la ley 1955 que el mismo cita, pidiendo el pago de una sanción que a todas luces rompe con la capacidad presupuestal del Estado y con lo contemplado en la norma.

Por otro lado, el mencionado régimen excepcional incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, dentro del marco de un régimen excepcional establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Aunado a lo anterior es claro que en el caso en concreto se aplica lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 “Por el cual se modifica el Decreto número 1075 de 2015 –Único Reglamentario del Sector Educación–, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.”

Así las cosas, es procedente manifestar que el docente que se encuentre afiliado a Fondo del Magisterio cuenta con toda una estructura legal y operativa totalmente diferente a la de la Ley 50 de 1990, ya que el Fondo del Magisterio al ser un patrimonio autónomo, cuenta con una esfera donde son consignados los recursos de las prestaciones sociales de los docentes, efectuando a su vez el pago de dichas prestaciones, por medio de una Fiduciaria, que para el caso en concreto y que nos ocupa en materia de las cesantías **se reconocen y pagan** a partir de **solicitud expresa y formal por parte del docente**, radicada en la respectiva Secretaria de Educación a la que se encuentra vinculado, donde cuyo pago respectivo se realiza directamente al docente más **No** a una Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías (AFP).

Ahora bien, si bien es cierto el Decreto 1582 de 1998 “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.” en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, el mismo no es aplicable para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

- **IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 344 DE 1996**

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó 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 serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, y estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales. En lo que tiene que ver con el reconocimiento de las cesantías a los docentes oficiales, el artículo 15, numeral 3, de la Ley 91 de 1989 fijó:

“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.

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 1o. 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 de 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, acumuladas 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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Es importante mencionar que la sanción moratoria descrita en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se origina por la consignación extemporánea o no consignación de las cesantías anuales antes del

15 de febrero de la vigencia siguiente. En este sentido es necesario en primer lugar examinar la aplicación de dicha norma general al régimen especial del Magisterio, teniendo en cuenta que el régimen del magisterio en materia de cesantías ostenta las siguientes características:

1) Se ampara por un régimen especial descrito en la Ley 91 de 1989 y cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

2) Un régimen especial se caracteriza por tener condiciones per se más beneficiosas que las del régimen general, por lo tanto, al aplicar a un régimen especial que cuenta con mayores beneficios, beneficios adicionales de normas de régimen general desborda no solo su sostenibilidad financiera, si no que genera una inequidad desbordante entre los individuos beneficiarios del régimen especial y el resto de la población que solo por un azar no tienen una determinada condición, o vinculación y en consecuencia los beneficios que se imponen al primero.

3) Una particularidad del FOMAG es que no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, en ese sentido hablamos de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea, de conformidad con las siguientes normas:

I. La Ley 715 de 2001 por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, que establece en su artículo 18:

“Administración de los recursos. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

Parágrafo 1º. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

Parágrafo 2°. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

Parágrafo 3°. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

Parágrafo 4°. El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La misma Ley 715 en su artículo 36 fijó sobre la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para Educación, lo siguiente:

“La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1º del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1º de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1º de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.” (Subrayado fuera de texto)

II. Así mismo, el antecedente de lo expuesto se evidencia en la Ley 91 de 1989 que en su artículo 8 indicó sobre los recursos que harían parte de las reservas del FOMAG para el pago prestaciones a su cargo incluidas las cesantías, regulo el tema así:

“Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.**
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.
8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.
9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.
10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.” (Negrilla fuera de texto)

III. Posteriormente, el Decreto 196 de 1995 por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su artículo 12 y 13 estableció:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.**
- 4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán **en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto.**

Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.

Las responsabilidades, garantías y sanciones por el incumplimiento de lo aquí previsto, serán pactadas expresamente en dicho convenio.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Las normas citadas deben estudiarse en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos

recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

En consecuencia, **la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”**, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.

Esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia, puntualmente para el año 2021 se emitió el Comunicado 008 de fecha 11 de diciembre de 2020 en el que se fijó:

“Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG directamente desde el mencionado programa. (...) Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. (...)

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2021. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes. 3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador (..)”(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así mismo, para la liquidación de las cesantías en la vigencia 2020, se emitió por parte la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG la programación de la liquidación de

cesantías en diciembre de 2019, mediante el Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 en el que se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020, en dicho comunicado se deja la siguiente fecha de entrega de la liquidación:

“2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2020. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por todo lo anterior, no es dable aplicar el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al no existir presupuestalmente forma de consignar extemporáneamente las cesantías de los docentes oficiales, por encontrarse dichas cesantías garantizadas con los recursos del fondo para la fecha en que la norma describe el límite de consignación (antes del 15 de febrero de la vigencia siguiente).

Ahora bien, aunado a lo anterior, no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

El segundo punto a tener en cuenta **es la calidad de “empleador de los docentes”, que la ostenta la entidad territorial que tiene la obligación de realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías, no de consignación**, esta actividad operativa debe examinarse a la luz de las normas sobre la administración del personal docente que inicia desde la Ley 29 de 1989 que realiza la desconcentración administrativa territorial, **entregando a las entidades territoriales las funciones de administración del personal docente, dentro de las que se encontrarían su nombramiento, remoción, traslado, y control**, posteriormente en el mismo sentido se emite la Ley 60 de 1993 derogada y reemplazada por la Ley 715 de 2001, el Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1272 de 2018 y el Decreto 3752 de 2003 que fijan el papel de nominador y administrador de los docentes en todas las entidades territoriales siendo estas las que ostentan la calidad de empleador.

Aunado a lo anterior y como último antecedente normativo que le otorga a las entidades territoriales la obligación operativa de liquidar las cesantías se encuentra el art. 57 de la Ley 1955 de 2019 que indica: **“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91**

de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)

Cabe destacar que **la calidad de empleador no se comparte de ninguna forma con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, que como se citó en párrafos precedentes es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica,** cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria, y está a cargo del pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Por consiguiente, **lo que persigue el demandante como reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 artículo 99, es completamente improcedente debido no solo a que no es posible la generación de esta mora, debido al descuento mensual de los recursos de las entidades territoriales con destino al FOMAG y que corresponden al valor de las prestaciones de los docentes incluidas las cesantías sin que exista “consignación” por parte del empleador “entidad territorial”, por el contrario la obligación de los empleadores en este sentido es realizar la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” que ya se encuentran en las reservas del FOMAG.**

De conformidad con los argumentos expuestos, se concluye:

- 1) Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.
- 2) Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.
- 3) Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimidad por pasiva.
- 4) Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

5) El artículo 99 de la ley 50 de 1990 establece: **“3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”**

De esta norma se desprenden adicionalmente al hecho descrito en el ítem anterior, las siguientes obligaciones inadaptables al régimen especial de los docentes afiliados al FOMAG:

- Se solicita la consignación a una “cuenta individual a nombre del trabajador”, teniendo en cuenta que el FOMAG tiene unidad de caja y no existen cuentas individuales a favor de cada docente, el trabajador deberá probar que son sus cesantías individualizadas las que no se han consignado antes del 15 de febrero, hecho de imposible probanza, debido a que la sola manifestación no demuestra ningún incumplimiento, y el FOMAG podrá certificar la existencia de recursos de la entidad territorial para el pago de sus cesantías de conformidad con las normas presupuestales citadas.

- Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

Resumiendo lo planteado, ninguna de las pretensiones incoadas por los docentes respecto de la sanción mora descrita en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, y la indemnización descrita en el Ley 52 de 1975 son objeto de prosperidad, como también se evidencia Sentencia SU573/19, que en síntesis estableció:

“(…) tras advertir que la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en el régimen docente, dispuesta por la Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, carecía de evidente relevancia constitucional, en la medida en que la discusión planteada: (i) versaba sobre una cuestión meramente legal, con una connotación de contenido patrimonial, (ii) que no involucraba la protección de derechos fundamentales y, (iii) pretendía reabrir la controversia legal resuelta por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por otra parte, constató que las irregularidades alegadas por los accionantes no tenían un efecto decisivo o determinante en las providencias cuestionadas, que conllevara la afectación de una garantía constitucional. (..)”

En ese orden de ideas, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Es decir que si lo que el demandante pretende es que se le aplique la ley 50 del 1990, estaría renunciando expresamente a los beneficios que, por ser personal docente, lo cobija en estricta aplicación a la ley 91 de 1989, pero además al pretender romper con el principio de igualdad, al tratar como igual el régimen del personal docente como un fondo de cesantías, desembocándose un trato injusto que a todas luces rompe con la intención del legislador al expedir los dos cuerpos normativos, y causando un desborde en la capacidad presupuestal del Estado, solicitando algo que a todas luces, contraría lo consagrado en el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que el mismo cito, bajo el entendido que el cito la mitad del artículo que le beneficiaba, pero desconociendo la parte restante que indica: (...) *“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”*, además de desconocer las funciones que por estricto ámbito de aplicación legal le fueron asignadas al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, sino que pretende asignar nuevas funciones al FOMAG que ni siquiera el legislador asigno, situación que podría generar un bloqueo institucional.

Desarticulación al Sistema Normativo:

El legislador al expedir la ley 91 de 1989, fue clara en hacer una diferenciación positiva en favor del personal docente, al buscar en todas luces un régimen mas beneficioso en todos los sentidos con el resto de las personas, al ser sujetos de derecho y ajustarse dentro de los presupuestos del ámbito de aplicación de la mentada ley puesto que pertenecen al cuerpo docente de carácter oficial, y que cumplen los requisitos para que les sea aplicable; por el otro lado la intención del legislador al expedir la ley 50 del 1990 artículo 99, fue regular el régimen especial de auxilio de cesantía sin embargo la norma es clara también en señalar en su inciso 7: lo siguiente

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Pero por ningún aparte la norma dentro de su ámbito de aplicación hace referencia a que los sujetos objeto de esa ley se incluya a los Educadores Afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en otras palabras a los Docentes oficiales.

El personal Docente tiene garantizado el pago de cesantías a través de un régimen especial, al igual que el resto de los ciudadanos a los cuales no les es aplicable la ley 91 de 1989 aquí vemos los dos cuerpos normativos, que garantizan a todas luces el pago de las prestaciones sociales que para el caso que aquí nos ocupa son las cesantías; en ese sentido no hay trato injusto, pues las cesantías se garantizan independientemente de la norma que les sea aplicable a todos los trabajadores, no obstante el trato discriminatorio y desigual parte al endilgar la naturaleza de fondo de cesantías al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues convertirlo en un fondo de cesantías no solamente desarticula el sistema normativo y la naturaleza por la cual fue creado, sino que asigna una nueva función que no está contemplada en la ley, y que no está acorde con la realidad legal y fáctica del sistema normativo y operativo del

FOMAG, situación que podría generar un bloqueo Institucional y un desborde en la capacidad presupuestal y de pago del Estado.

Por otro lado, el artículo 209 de la Constitución Nacional nos habla de los principios de la función administrativa entre ellos igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y además la responsabilidad de las autoridades administrativas al indicar que deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Desarticulación al Sistema Normativo:

El legislador al expedir la ley 91 de 1989, fue clara en hacer una diferenciación positiva en favor del personal docente, al buscar en todas luces un régimen mas beneficioso en todos los sentidos con el resto de las personas, al ser sujetos de derecho y ajustarse dentro de los presupuestos del ámbito de aplicación de la mentada ley puesto que pertenecen al cuerpo docente de carácter oficial, y que cumplen los requisitos para que les sea aplicable; por el otro lado la intención del legislador al expedir la ley 50 del 1990 artículo 99, fue regular el régimen especial de auxilio de cesantía sin embargo la norma es clara también en señalar en su inciso 7: lo siguiente

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Pero por ningún aparte la norma dentro de su ámbito de aplicación hace referencia a que los sujetos objeto de esa ley se incluya a los Educadores Afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en otras palabras a los Docentes oficiales.

El personal Docente tiene garantizado el pago de cesantías a través de un régimen especial, al igual que el resto de los ciudadanos a los cuales no les es aplicable la ley 91 de 1989 aquí vemos los dos cuerpos normativos, que garantizan a todas luces el pago de las prestaciones sociales que para el caso que aquí nos ocupa son las cesantías; en ese sentido no hay trato injusto, pues las cesantías se garantizan independientemente de la norma que les sea aplicable a todos los trabajadores, no obstante el trato discriminatorio y desigual parte al endilgar la naturaleza de fondo de cesantías al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues convertirlo en un fondo de cesantías no solamente desarticula el sistema normativo y la naturaleza por la cual fue creado, sino que asigna una nueva función que no está contemplada en la ley, y que no está acorde con la realidad legal y fáctica del sistema normativo y operativo del FOMAG, situación que podría generar un bloqueo Institucional y un desborde en la capacidad presupuestal y de pago del Estado.

Por otro lado, el artículo 209 de la Constitución Nacional nos habla de los principios de la función administrativa entre ellos igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y además la responsabilidad de las autoridades administrativas al indicar que deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

5. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE CARÁCTER SUSTANCIAL**

Desde la Teoría General del Proceso, este medio exceptivo se configura, por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio. Así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron origen a la demanda.

Pues bien, las pretensiones buscan el reconocimiento y pago a favor del accionante, de la indemnización moratoria por la presunta consignación fuera de términos de las cesantías e interés de la vigencia 2020.

La indemnización moratoria del Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, exige que sea fulminada en contra del EMPLEADOR MOROSO, calidad que jamás ha ostentado ni podrá ostentar, ni equipararse al PATRIMONIO AUTÓNOMO - FOMAG. Ello, porque al interior de su Sistema Especial, en ninguna de las etapas de gestión de las cesantías docentes, ocurre “la consignación antes del 15 de febrero”. Este es un asunto que debe quedarle claro al Administrador de Justicia, porque, como se ha reiterado y se ampliará en las demás excepciones, los recursos con los cuales se financian las prestaciones docentes, concretamente sus cesantías e interés, son pre-giradas al Fondo, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Por su parte, el Ente territorial, solo realiza la “liquidación de las cesantías y sus intereses,” y la remite a FOMAG. Jamás efectúa consignación de recursos. Así lo dispone el Acuerdo 39 de 1998. Luego, al no existir la figura de la “consignación antes del 15 de febrero”, no puede abrirse camino la consignación extemporánea, y mucho menos aun la indemnización por consignación extemporánea.

A su vez, en lo referente al interés sobre cesantías, el citado Acuerdo 39 de 1998, fija los lineamientos para su liquidación y pago; siendo responsable del primer acto, el Ente Territorial, y, del segundo, FIDUPREVISORA S.A., como Administradora del Fondo. Además, el pluricitado Acuerdo, en el Parágrafo 2 del Art. 4º es preciso en señalar que: “En todo caso, la responsabilidad requerida para el pago de los intereses a las cesantías es de la Entidad Territorial”

Vista la situación desde esta óptica, los hechos generadores de la demanda, (presunta consignación tardía de cesantías e intereses) no existen en el plano fenomenológico; lo cual implica

que las Entidades que ahora represento no los generaron, porque no es posible generar un hecho o acto inexistente.

Solicito se declare la presente excepción, por hallarse plenamente acreditada, con las consecuencias benéficas a las Entidades que represento

- **INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO A FAVOR DEL DEMANDANTE**

Como se hace referencia en las consideraciones de la presente contestación, la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, razón por la cual no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

- **COBRO DE LO NO DEBIDO**

Propongo esta excepción conjunta, la cual se sustenta, de la siguiente manera:

No es dable reconocer alguna suma de dinero pues la demandante no tiene derecho al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

En ese orden de ideas se puede establecer que a la demandante no se le adeuda obligación alguna, teniendo en cuenta que al realizar el pago de las acreencias reclamadas dentro de los términos establecidos en la ley, la mora endilgada jamás se llegaron a efectuar.

- **BUENA FE**

Es menester indicar que si no prosperan las excepciones previas expuestas en el acápite anterior, se debe realizar un estudio detallado por parte de su despacho de las excepciones de fondo y más aún esta excepción que se plantea como de buena fe, pues si el juzgador aplica la normatividad contemplada en la ley 50 de 1990, debe tener en cuenta que las sanciones que emanan de esta

normatividad deben pasar por un control de legalidad y lograr demostrar dentro del proceso MALA FE por parte de la entidad que represento de lo contrario no se podría configurar sanción alguna; con base en lo anterior la corte constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidad respecto al principio de buena fe, como en Sentencia C-1194/08 así:

“La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario”

Debe entonces el juzgador de instancia realizar un análisis excepcional de la disponibilidad de los recursos para el pago de dichos conceptos indicando que ello está a cargo de disponibilidad presupuestal del estado, por esta razón se desborda de las obligaciones de la entidad que represento, en ese orden de ideas no estaría actuando de MALA FE pues depende un tercero para el pago de estas sumas de dinero.

- **IMPROCEDENCIA DE CONDENACION EN COSTAS**

Debe precisarse que, conforme dispone el Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

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

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

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

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, y en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad.

El Despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso

Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

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

“En cuanto a las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada”¹.

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, que desvirtúa la presunción de buena fe.

Ante la falta del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas, la misma no procede, quien ha actuado en el curso del proceso en buena fe conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

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 hechos 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.

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No. 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16), Sentencia 00476 del 6 de abril de 2017.

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.

6. PRETENSIONES

Solicito respetuosamente al señor Juez:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones propuestas

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, solicito al Despacho se sirva desestimar todas y cada una de las pretensiones de la demanda en su totalidad, en contra de **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG** de acuerdo a los argumentos expuestos anteriormente.

TERCERO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

CUARTO: Se me reconozca personería jurídica para actuar dentro de la presente actuación.

7. PRUEBAS

7.1 DOCUMENTALES QUE APORTO

PRIMERA: Certificación del Ministerio de Educación Nacional donde se indica que el mismo, no tiene competencia para allegar el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso en curso, y que es exigido conforme a lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 175 del Código de procedimiento administrativo; tal y como lo manifiesta el Ministerio: “Los expedientes administrativos relacionados con todo el personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales reposan en los archivos de las Secretarías de Educación de la Entidad territorial certificada a la que pertenece o ha pertenecido el solicitante o causahabiente”. Lo anterior conforme a lo establecido en el Decreto 2831 de 2005 y la ley 962 de 2005.

SEGUNDA: ACUERDO N. 39 DE 1998

TERCERA: COMUNICADO-NOMINA-INTERESES-A-LAS-CESANTIAS.

CUARTO: Comunicado 16 del 17 de Diciembre de 2019.

7.2 DOCUMENTALES QUE SOLICITO

PRIMERA: Solicito respetuosamente su señoría que haciendo uso de las facultades oficiosas, se sirva oficiar a la Secretaría de Educación, a fin de que allegue al plenario Copia Integra del expediente administrativo contentivo de todas las actuaciones realizadas por el demandante, en especial, lo relacionado con la fecha en que remitió la información al MEN- FOMAG para el pago de sus cesantías e intereses a las cesantías.

SEGUNDA: Oficiar a la Fiduciaria la Previsora S.A., para que allegue el Certificado de disponibilidad presupuestal del rubro dispuesto para el pago de las cesantías, el cual demuestra que el dinero de las cesantías de los docentes para la vigencia 2020 ya se encontraba disponible en el FOMAG.

Los medios probatorios son útiles, toda vez que se pretenden demostrar con ellos, hechos que no están acreditados aún en el proceso, no son notorios, no han sido debatidos en potro proceso, ni se presumen legalmente.

8. ANEXOS

PRIMERO: Lo señalado en el acápite de las pruebas.

SEGUNDO: Poder a mi conferido.

TERCERO: Copia de mi Cédula y Tarjeta Profesional.

CUARTO: Copia de escritura 129 del 19 de enero de 2023.

9. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, t_ms Vargas@fiduprevisora.com.co

Del señor(a) Juez,

Atentamente,



MAGDA SOHAD VARGAS GAMBOA

CC. No. 1101754270



T.P. No. 219736 del C.S.J.

Unidad Especial De Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

SEÑOR
JUEZ UNICO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE LETICIA
E. S. D.

PROCESO: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MOISES MARTINEZ PEREIRA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG
RADICADO: 91001333300120220017300

ASUNTO: EXCEPCIONES PREVIAS

MAGDA SOHAD VARGAS GAMBOA, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1101754270 de Vélez Santander, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 219736 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada del Ministerio de Educación Nacional, -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con el poder de sustitución conferido por la Doctora; **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, conforme a las atribuciones otorgadas por medio de escritura pública Escritura Pública **No. 129 de 19 de enero de 2023**, protocolizada en la notaría 27 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. 018907 del 26 de septiembre del 2022**, expedida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, según lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes, por medio de la presente me permito proponer las siguientes **EXCEPCIONES PREVIAS** de conformidad con lo establecido por el artículo 101 del código general del proceso por parte de la Entidad aquí demandada, a saber, la Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera dentro del proceso de la referencia:

HECHOS:

PRIMERO: Mediante medio den Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de él señor (a) **MOISES MARTINEZ PEREIRA** solicita se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 26 de octubre de 2021, frente a la petición presentada ante el Secretaria de Educación Departamental de Amazonas, el día 26 de julio de 2021, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior solicita se declare que el demandante tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial, de manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se

encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

EXCEPCIONES PREVIAS:

1. **INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES:** El artículo 100 del Código General del proceso consagra en el numeral 5 “ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones”.
- 1.1. **Inepta demanda por indebido agotamiento en sede administrativa:** El artículo 161-2 del CPACA, establece, los requisitos previos para demandar:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto²”.

En ese orden de ideas, la norma es clara en que el silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto, no obstante, lo anterior el demandante deberá acompañar en el escrito de la demanda, copia del acto acusado, y si está alegando el silencio administrativo las pruebas que lo demuestren conforme a lo estipulado en el artículo 166-1 de la ley 1437 de 2011 de la siguiente manera:

“1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación”.

Para el presente caso, la parte demandante en la demanda, solicita:

La nulidad del acto ficto del 26 de octubre de 2021, que se desprende según lo indica la parte demandante de la solicitud del 26 de julio de 2021 que fue radicada ante la entidad nominadora Para el caso concreto y revisados los anexos, no se evidencia solicitud radicada ante el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y mucho menos constancia de radicación o recibido por mi representada, en otras palabras, no se está acreditando la existencia del acto administrativo ficto, del cual se pretende su nulidad, y que el mismo fuese expedido por mi Representada.

2. **Indebida Integración del Contradictorio.** El artículo 100-9 consagra como excepción previa no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios: Para la presente actuación no se evidencia dentro de la actuación procesal, es decir en el auto admisorio de la demanda que se ordene la notificación y la vinculación de la Secretaria de Educación del Departamento del Amazonas como

² Subrayado fuera de texto.

litisconsorcio necesario por pasiva, en virtud de la solicitud radicada ante la misma, de conformidad a lo indicado en la demanda, por la parte actora, lo anterior, teniendo en cuenta que fue ante esta entidad administrativa ante quien se radico la solicitud que es objeto del acto administrativo ficto o presunto cuya nulidad se pretende.

3. *Falta de legitimación material por Pasiva:*

Los argumentos de la parte demandante para solicitar se declare la nulidad del acto ficto o presunto tienen su origen en que radicaron solicitud de pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías ante la Entidad nominadora, sin embargo, dentro del plenario, no se evidencia que hubiese radicación ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y que tenga acuse de recibido por parte de la Entidad. En ese orden de ideas no se evidencia, el nexo causal entre la situación fáctica constitutiva de la configuración del acto ficto o presunto cuya nulidad se pretende y que el mismo se debiera por omisión de mi Representada.

4. *Caducidad.*

El artículo 136 No. 2 del CPACA, indica que el término para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendido es de cuatro (4) meses, a partir del acto expreso que negó el reconocimiento de la sanción, por lo que se solicita respetuosamente realizar el estudio correspondiente a efectos de que posiblemente se haya configurado la presente excepción, con base en las pruebas obrantes dentro del plenario, téngase en cuenta que la parte demandante allega documento que indica respuesta masiva del FOMAG a los docentes públicos en Colombia del 6 de agosto de 2021, pero que el mismo no constituiría como agotamiento en sede administrativa para el FOMAG, por cuanto es una masiva general y no especifica al caso concreto, sin contar con la debida radicación y especificación de las circunstancias fácticas que dan origen a la misma.

DECLARACIONES

Solicito respetuosamente al Señor Juez

PRIMERO: Declarara probadas las excepciones de Inepta demanda por indebido agotamiento en sede administrativa, Indebida Integración del Contradictorio, Falta de legitimación material por Pasiva y caducidad.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior declarar por terminado el proceso.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante.

NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, t_msvargas@fiduprevisora.com.co

Del señor(a) Juez,

Atentamente,



MAGDA SOHAD VARGAS GAMBOA

CC. No. 1101754270

T.P. No. 219736 del C.S.J.

Unidad Especial De Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co