

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

SEÑORES

JUZGADO 027 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ALBA INES PINZON DIAZ
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-
RADICADO: 110013335027202200474

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

LISETH VIVIANA GUERRA GONZALEZ mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderada sustituta de la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUPREVISORA S.A**, entidad demandada dentro del proceso de la referencia, conforme a poder de sustitución otorgada a la suscrita respetuosamente solicito me sea otorgada personería jurídica para actuar en el proceso de la referencia y manifiesto a usted que por medio del presente, estando dentro del término legal para hacerlo, me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

1. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto tanto las declarativas como las de restablecimiento del derecho no están llamadas a prosperar en contra de mi representada, por las razones que se expondrán a lo largo del escrito de contestación, a saber:

DECLARATIVAS:

PRIMERA: ME OPONGO a que se Declare la nulidad del **acto** en cuanto negó el derecho a pagar la indemnización moratoria por el no pago de cesantías ni intereses sobre cesantías del aquí demandante conforme con la Ley 50 de 1990, por cuanto los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué 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. Aunado a lo anterior, se observa una indebida acumulación de pretensiones en el sentido en que la demandante solicita también pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995.

Dentro de este marco ha de considerarse que, 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.

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 INDEMNIZACION POR MORA, por concepto de no pago de cesantías a tiempo, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, desde el día quince de febrero hasta el día que se consignaron, 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.

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

DE LAS CONDENAS

PRIMERA Y SEGUNDA: ME OPONGO a que se CONDENE a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCION O INDEMNIZACION MORATORIA a la parte actora por el no pago de cesantías e intereses sobre cesantías, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, toda vez que Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, 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. Aunado a lo anterior, en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

TERCERO, CUARTO Y QUINTO: Me opongo a la condena por concepto de los ajustes de valor e intereses moratorios, por cuanto mi representada ha actuado conforme a los mandatos legales y jurisprudenciales vigentes, motivo suficiente para no fulminar condenas por tales conceptos.

SEXTO: 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. Adicionalmente, 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, y el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

2. EN CUANTO A LOS HECHOS

PRIMERO: Al respecto debe decirse que NO CONSTITUYE UN HECHO, sino que corresponde a una apreciación subjetiva de la parte demandante, que deberá ser debidamente probada como sustento de las pretensiones del medio de control.

SEGUNDO: No es un hecho, es una referencia normativa.

TERCERO: NO ES CIERTO como se pretende, ya que 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. En consecuencia, 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.

CUARTO Y QUINTO: La referencia NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO, sino que constituye una apreciación personal de la apoderada judicial de la parte demandante en cuanto a la interpretación del certificado de extracto de intereses, sin embargo, valga advertir que los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué 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.

SEXO: No me consta tal manifestación, por lo que deberá probarse durante el transcurso del proceso.

SEPTIMO: No me consta tal manifestación, por lo que deberá probarse durante el transcurso del proceso.

OCTAVO: No me consta tal manifestación, por lo que deberá probarse durante el transcurso del proceso.

NOVENO: NO ES UN HECHO, ES UNA INTERPRETACIÓN SUBJETIVA ERRONEA DE LA JURISPRUDENCIA. Tal como lo analizo, describo y amplío en el acápite del Fundamentos legales y jurisprudenciales, las sentencias que han

reconocido la indemnización del art. 99.3 Ley 50 de 1990, lo han hecho respecto de presupuestos fácticos abismalmente diferente a los que ahora estamos debatiendo.

En dichos casos se ha condenado al Ente Territorial al pago de la indemnización por consignación extemporánea de cesantías, respecto de prestaciones causadas antes de la afiliación del docente al FOMAG.

En el presente caso, se peticona las aludidas indemnizaciones, respecto de prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación del docente al FOMAG, y, tal como se ha expuesto y se fundamentará en adelante, las misma no se abren paso, por inexistencia de los hechos que las configuran. Así fue aclarado por la Corte Constitucional, en la sentencia de Unificación SU-573 de 2019

3. CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES PRELIMINARES

Teniendo en cuenta los hechos planteados, podemos señalar que el problema jurídico se circunscribe en determinar si les asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en su artículo 99, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas. Así las cosas, es menester memorar que de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la Ley 344 de 1996, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, circunstancia que valga decir, no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente como pasa a verse:

El inciso tercero del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» en el inciso, reza:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

... “Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.” (subrayas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto es claro que los docentes son considerados no solo por ministerio de la Ley sino por el precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo como empleados públicos del orden nacional, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma bajo estudio implica que los destinatarios estén afiliados a fondos privados de cesantías, es menester memorar que el Legislador a través de la Ley 91 de 1989 creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad de crear un patrimonio autónomo en aras de conciliar los intereses de los educadores definiendo las responsabilidades en materia prestacional y los mecanismos con los que se financiaran y administraran las mismas. En este sentido y en lo atinente a las cesantías 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)

En este orden de ideas y respecto a los recursos por los que se encuentra financiado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que valga decir provienen por disposición legal de la Nación, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, se 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 pensonal 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”

Por otra parte, la ley 50 de 1990 de la cual valga memorar son destinatarios los servidores públicos del orden territorial que se afilien al fondo privado de cesantías en su artículo 99 previó:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.” (Subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional.
2. Se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente.
3. Tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

Principio de favorabilidad para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial afiliado al FOMAG.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así:

"En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad."

La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha entendido como:

“Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica.”

Descendiendo al tema que nos ocupa es claro que la figura jurídica de la sanción moratoria encuentra dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. En este sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “B” mediante sentencia radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01 de 24 de enero de 2019 con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dejó las siguientes enseñanzas:

“Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción.”

Más adelante continúa diciendo:

“...Sobre el particular, es preciso que la Sala de decisión deje sentada su posición, para señalar que el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, ha sido definido por la doctrina como la «facultad que tiene el juez de trabajo para resolver los casos de conflicto entre dos o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su origen, naturaleza o rango jerárquico». Al respecto, esta Corporación, ha señalado que la potestad del juez para optar por la regla más favorable para resolver un caso, implica necesariamente la concurrencia de dos elementos: «(i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y (ii) la noción de interpretaciones concurrentes, pues además de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.»

48. Tal como se expuso en la sentencia revisada por la Corte Constitucional y que fuere dejada sin efectos, en el caso del demandante no se configuraba la conflictividad de disposiciones aplicables o una dualidad de interpretaciones de una misma disposición normativa, entre las cuales, el juez debía determinar el precepto que conllevara mayor favorabilidad al empleado.

49. Lo anterior, por cuanto la finalidad del legislador y de manera conjunta con el Gobierno Nacional al crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era precisamente unificar el sistema prestacional de los maestros del sector público, que con ocasión de la diversidad de regímenes que obedecían

a las vinculaciones con las diferentes entidades territoriales, generó un grave desorden y desigualdad que pretendió eliminarse con la expedición de la Ley 91 de 1989....” (Subrayas fuera de texto).

... 51. De lo expuesto hasta este punto, se establece que tanto el Gobierno al presentar el proyecto de ley, como el Congreso al debatirlo, coincidieron en la finalidad de crear un patrimonio autónomo administrado por una entidad fiduciaria estatal que en términos del legislador permitiera «mantener el equilibrio del Fondo y delimitar las responsabilidades de cotización entre la Nación y los maestros», en aras de «conciliar los intereses nacionales con los de los educadores», a través de la implementación de una norma que definiera en forma clara, las responsabilidades en materia prestacional y replanteara los mecanismos financieros y administrativos que en aquella época existían para el pago de las obligaciones ya existentes, así como las futuras relacionadas con los docentes del sector oficial.”

Ahora bien, en lo que respecta a las cesantías señaló:

“53. Lo anterior, en modo alguno permitiría inferir que uno y otro régimen prestacional son similares, dado que las sociedades administradoras de fondos de cesantías, cuyas características, por facultad de la ley, se establecieron por el Gobierno a través de decreto pueden equipararse a la naturaleza de la cuenta especial de la Nación creada para el manejo de las prestaciones sociales y los servicios de salud de los afiliados al FOMAG; así como tampoco puede concluirse que la intención del legislador fuese equiparar a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, respecto del sistema previsto en la Ley 50 de 1990 y que se extendió únicamente a trabajadores particulares y aquellos servidores públicos afiliados a fondos de carácter privada.” (Subrayas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto es claro que se trata no solo de dos regímenes completamente disimiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sobre este tópico se refirió la jurisprudencia objeto de desarrollo:

“57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ...”

Aunado a lo anterior y en lo atinente a la forma de liquidación y administración y/o manejo de las cesantías en uno y otro régimen, el Órgano de Cierre hace la siguiente distinción:

“... en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten. (Subrayas fuera de texto).

Por sí lo anterior no fuese poco, en el régimen especial docente 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, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea, de conformidad con las siguientes normas:

“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)

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)

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 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 pro-grama **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 ce-santías 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 fue-ra 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)

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.

Por otro lado, y en lo que concierne a los intereses a las cesantías de uno y otro régimen, el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo en la jurisprudencia reseñada en este escrito, indicó:

“En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el 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 (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

... 63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989 .

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» (Negrillas fuera de texto.)

... 65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, en la que unificó su jurisprudencia

para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

En consonancia con lo previamente expuesto, se aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

La base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Para el pago de intereses a las cesantías la gestión a cargo de las Entidades Territoriales frente al reporte anual de cesantías es el siguiente:

- Identificar los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Liquidar anualmente las cesantías de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Notificar a los educadores de los valores liquidados anualmente como cesantías, para conocimiento y para que puedan interponer los recursos en caso de no estar de acuerdo con el valor liquidado.
- Reportar anualmente, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los valores de las cesantías causados por cada educador.
- Reportar las cuentas bancarias de los educadores afiliados al Fondo con régimen de anualidad, para el pago de intereses.
- Remitir aclaraciones a las inconsistencias informadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora, respecto 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, mediante la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, cita:

“A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las

fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados. (...) (Subrayado fuera de texto)

De la norma transcrita se concluye lo siguiente:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. 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.
3. 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.
4. 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 legitimación en la causa por pasiva.
5. 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.
6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.
7. 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.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

4. EXCEPCIONES PREVIAS

- **INEPTA DEMANDA**

La ineptitud de la demanda, como causal de excepción previa, se erige cuando el juez al calificar el escrito introductorio advirtió que el mismo no reúne los requisitos legales establecidos en el art. 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o los demás especiales señalados en el mismo estatuto para ciertos medios de control, o bien porque contiene una indebida acumulación de pretensiones.

Para el caso en concreto se tiene que, atendiendo a la pretensiones elevadas en el escrito de demanda se configura la indebida acumulación de presentaciones, en razón a que se pretende en la sanción moratoria conforme a la Ley 50 de 1990, régimen aplicable a 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 y su vez el pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 cuya pretensión va encaminada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas, tal y como se evidencia en su literalidad en el fragmento que se pasa a relacionar.

Dentro de este marco ha de considerarse que, que frente a lo pretendido por el extremo actor no proviene de la misma causa, ni versa sobre el mismo objeto, ni mucho menos existe relación o dependencia entre sí, pues claro que la Sanción moratoria establecida en la Ley 50 del 1990 es diferente a la establecida en la Ley 244 de 1995.

Así mismo, se observa que en la demanda no se explicó el objeto de violación en la forma indicada en el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 y mucho menos se invocó causal alguna para sustentar la supuesta nulidad en los términos del artículo 137 ejusdem, ausencia que no solo se constituye como un defecto de forma, sino que desconoce el principio de lealtad procesal que debe imperar en todas las actuaciones judiciales.

Al respecto, el artículo 162 reza:

“Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y con-tendrá:

(...) 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”

De igual manera, el artículo 137 dispone:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (...)”

Si lo anterior no fuera suficiente, la parte demandante en su escrito genitor, tampoco se preocupó por determinar con claridad los actos administrativos demandados, ni indicó con exactitud ante quien radicó la petición, omisión que impide ejercer el derecho de defensa a cabalidad, puesto que se desconoce si la petición fue radiada ante el ente territorial, ante el Ministerio de Educación o ante el Fomag, y es que no puede olvidarse que el numeral 3 del artículo 162 ya mencionado obliga que los hechos y omisiones que servirán de fundamento a las pretensiones, deberán estar “debidamente determinados, clasificados y numerados”, lo cual se echa de menos en la demanda que es objeto de pronunciamiento.

5. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.**

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.

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, PARA ASUMIR PAGOS DE CESANTÍAS E INTERES DE CESANTIAS CUANDO LAS MISMAS SON REPORTADAS POR LA ENTIDAD TERRITORIAL EXTEMPORAMENTE.**

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. 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 re-portalte 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.

2. 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)

Con base en lo anterior, manifiesto a su Honorable Despacho, que la parte accionante comete un yerro al determinar que es a LA NACION – MEN - FOMAG, exclusivamente del pago de las prestaciones sociales del personal docente; ya que, como se reitera, y en atención al Acuerdo No. 39 de 1998, la legitimada para asumir eventuales pago de prestaciones sociales es el respectivo ENTE TERRITORIAL cuando el reporte de la liquidación del valor de las cesantías se realiza después de 05 de febrero de cada anualidad.

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.**

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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
VIGILADO

“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.

Finalmente, y atendiendo a que es inaplicable el principio de favorabilidad como se expuso en precedencia respecto a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en tratándose de un régimen especial, lo pretendido en este medio de control deviene en improcedente.

Así las cosas, y al encontrarse el/la demandante ALBA INES PINZON DIAZ afiliado al FOMAG, el régimen legal aplicable al señor no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este 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.

De otro lado, y si se llegase a estudiar la procedencia al pago de la sanción mora por consignación extemporánea de los intereses a las cesantías, resulta imperioso resaltar que según se desprende del certificado de extracto de intereses a las cesantías, la anualidad 2020 fue pagada al docente el 27 de marzo del año 2021, es decir, dentro de los tiempos señalados en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO tal como se refleja.

Conforme a lo previamente expuesto, es claro que NO le asiste derecho al demandante al pago de la Indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como TAMPOCO al pago de Indemnización Moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

Dentro de este marco ha de considerarse que, NO le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 del 1990, así mismo, debe ponerse de presente que, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la Ley 344 de 1996, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías. circunstancia que valga decir, no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente.

El H. Consejo de Estado, al analizar un caso de similares contornos jurídicos, consideró a través de su jurisprudencia que:

“De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 ibídem66, los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios

Dentro de la misma providencia también consideró que:

“Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad” (...)

Que para el caso bajo examen es claro que, si bien el docente fue nombrado en propiedad con vinculación NACIONAL por parte del SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SUCRE, no es menos cierto que el mismo NO adquiere el carácter de territorial, en razón a que resulta claro que los docentes son considerados no solo por ministerio de la Ley sino por el precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo como empleados públicos del orden nacional, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996.

- **PAGO DE INTERESES DE CESANTIAS POR PARTE DEL FOMAG.**

Respecto de la pretensión elevada por la parte demandante correspondiente al pago de intereses del año 2021, se encuentra que, consultado el extracto de interés de cesantías en la página web dispuesta por el FOMAG en el módulo de certificados, <https://www.fomag.gov.co/fomagzp/certificados/GestCertificado/certificados>, y de la cual tienen acceso el personal docente, se logró determinar que los intereses de cesantías reclamados fueron efectivamente pagados al docente, tal y como se muestra a continuación:

Dichos pagos quedaron a disposición del hoy demandante, para el año 2021, consignados en el BANCO respectivo.

En cuanto al término que tienen las Entidades Territoriales para liquidar las cesantías, es preciso informar al despacho que, 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, 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)

Así mismo se tiene que, en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre

el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

Entonces, al amparo del artículo 1625 y 1626 del Código Civil, el pago extingue la obligación, y, derivado de ello, en la actualidad, LA NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no poseen obligación por concepto de pago de intereses de cesantías, frente al demandante.

Con todo lo anterior queda plenamente acreditado el pago de la obligación deprecada, y de suyo, desvirtuadas las pretensiones elevadas con el escrito de demanda, siendo procedente declarar probada la excepción propuesta y en tal sentido negar las suplicas del medio de control.

- **IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 50 DE 1990 Y LA LEY 344 DE 1996.**

Con relación a la procedencia de la indemnización pretendida a través del presente medio de control, debe indicarse que, el H. Consejo de Estado, al analizar un caso de similares contornos jurídicos, consideró a través de su jurisprudencia que:

“La Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», diferenció las categorías en que se agruparían los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha de vinculación. Al efecto, consagró que los docentes oficiales se agruparían así:

- (i) en el personal nacional, el cual reúne a los docentes nombrados por el Gobierno Nacional;
- (ii) el nacionalizado, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975; y
- (iii) el personal territorial, en el cual se encuentran los docentes por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria”.

Dentro de la misma providencia consideró que:

“En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3 del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

«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.

B. 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, 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»57.

46. De la norma transcrita, se concluye que, respecto de los docentes oficiales, la ley regula dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 196858, 1848 de 196959 y 1045 de 197860, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 199661, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

47. Así, en virtud de lo dispuesto por las Leyes 344 de 199662 y 91 de 198963, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados, se regularán por las normas de los empleados públicos del orden nacional (...)” .

Con fundamento en las consideraciones antes transcritas, la Corporación de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, arribó a la siguiente conclusión para determinar la procedencia de la indemnización contemplada en la Ley 344 de 1996 respecto de circunstancias fácticas similares a las que hoy ocupan la atención del Despacho:

49. Así las cosas, la Ley 91 de 1989, además de crear el FOMAG para centralizar la administración de los recursos destinados al pago sus prestaciones sociales, unificó el régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo desde el punto de vista prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros que se vincularan con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

50. De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 ibí-dem66, los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

51. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[...] que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.», como lo es la Ley 344 de 1996 que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró un sistema de liquidación anualizado de cesantías para las «[...] personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado.».

52. En consecuencia, los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anual-mente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla es-ta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Con este marco jurisprudencial, resulta claro que los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, 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.

- **IMPOSIBILIDAD OPERATIVA DE QUE SE CONFIGURE SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN TARDÍA**

Así las cosas, es importante poner de presente al honorable despacho el trámite interno y las razones por las cuales existe imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía:

En primer lugar, es importante establecer que 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.

Una vez surtido el trámite a cargo de las entidades territoriales en cuanto a la liquidación del valor de las cesantías, antes del 05 de marzo de la vigencia siguiente a la actividad operativa, el FOMAG realiza los respectivos pago en cuanto a los intereses de cesantías, en atención a que las cesantías de los docentes afilia-

dos 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, siendo esta razón suficiente para la improcedencia del reconocimiento y pago la sanción moratoria por la no consignación oportuno de las cesantías, ya que, existe una imposibilidad operativa de que exista sanción moratoria 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.

Dentro de este marco ha de considerarse que, 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.

Con todo lo anterior queda demostrada la improcedencia de la pretensión elevada por el accionante, de tal suerte que la misma no se encuentra llamada a prosperar conforme la motivación referida a lo largo de la excepción propuesta.

- **NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

No se abre paso la condena en costas, al ampro de la sentencia proferida por la Sección Segunda del 18 de julio de 2018, donde expuso

“ a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

Es sobre los anteriores criterios que el juez de instancia debe estructurar o no la condena en costas. Por su parte, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., a su vez, señala que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Sin embargo, la aplicación de este precepto legal, debe armonizarse con el numeral 8º, el cual señala que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Es decir, cuando no aparecen causadas las costas, como el caso de marras, no procederá la condena en este sentido. Con razón el Consejo de Estado, ha sentenciado:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”

En otra oportunidad, esta misma Corporación sostuvo:

“Debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[28] 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 Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. En el caso, no se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas”.

Analizada la normatividad legal que rige la condena en costas, así como el desarrollo jurisprudencial que orienta y prevé las pautas a seguir por los jueces para fulminar o abstenerse de condenar; se observa dentro del presente sub lite, que no se hallan criterios objetivos valorativos que demuestren su causación.

Lo que si se evidencia es lealtad procesal, y buena fe en cabeza de esta Entidad demandada; tan al punto que, en el curso del proceso, no combate ni pretende combatir el derecho al pago de la sanción moratoria a favor del accionante, sino que se limita a verificar y solicitar que el derecho reconocido al demandante, se ajuste a la realidad y justicia material contenida en la situación fáctica que dieron origen a la presente Litis.

No se evidencian maniobras fraudulentas, dilatorias o de mala fe, por parte de las Entidades que represento; razón por la cual, solicito al Honorable Despacho, absolver de la condena en costas a este extremo demandado

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación del hecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de estos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

6. PRUEBAS

Solicitamos se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario, las siguientes:

- Oficio del Ministerio de Hacienda por medio del cual se indica el procedimiento presupuestal que se realiza para operativizar el descuento de recursos de las entidades territoriales con el fin de girarlos a las reservas del FOMAG para pago de las cesantías, y en este sentido se entienden prepagadas antes del 15 de febrero de la vigencia siguiente.
- Comunicado 008 del 11 de diciembre de 2020 emitido por la Fiduprevisora dirigido a las entidades territoriales, para la entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses en la primera nomina año 2021.
- Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 dirigido a las entidades territoriales, sobre las fechas de entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses primera nomina año 2020.
- Acuerdo 39 de 1998 emitido por el Consejo Directivo FOMAG para reporte de las secretarías de educación de los intereses moratorios
- Certificado de afiliación

Estos medios de prueba resultan ser **conducentes**, al poseer la idoneidad para la acreditación de los referidos hechos, en consideración a que ni la ley sustantiva o adjetiva prevé algún tipo de requisito *ab substantiam actus* para la demostración de los mismos.

Los medios probatorios son **pertinentes**, por cuanto guardan relación directa con el *thema probandum*, pues, están encaminados a demostrar supuestos fácticos que se debatirán al interior del proceso, esto es, el extremo de pago de la prestación, y consecuente fecha límite la moratoria. Además, para demostrar los términos en que fue resulta la petición elevada por el hoy accionante

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.

Ahora bien respecto a las pruebas requeridas por la parte demandante se considera que no se deben decretar en tanto las certificaciones solicitadas son inútiles pues al demandante no le es aplicable la normativa de la ley 50 de 1990, en tanto los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989 , además atendiendo a que el pago de 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 las cosas, estas últimas no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, sino que 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, en este sentido se reitera que el funcionamiento del fondo es el de una cuenta que se administra bajo la figura de un fondo común, por lo que se configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales, por lo cual nos encontramos ante la figura de negación indefinida.

7. ANEXOS

- Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.

8. PETICION

Corolario de lo expuesto, y en concordancia con las excepciones planteadas, solicito al Despacho que, previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

1. Declarar probadas las excepciones propuestas, con las consecuencias benéficas a las Entidades que represento.
2. DESVINCULAR del proceso a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA. teniendo en cuenta la normatividad expuesta a lo largo de la contestación de la demanda.
3. Condenar en costas a la parte demandante.
4. Se me reconozca personería jurídica dentro de la presente actuación.

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 y t_lguerra@fiduprevisora.com.co

Del señor(a) Juez,

LISETH VIVIANA GUERRA GONZALEZ

C.C. 1.012.433.345 de Bogotá

T.P 309.444 de C. S. J.

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

Bogotá D.C.

Señores

JUZGADO VEINTISIETE (27) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

Demandante: ALBA INES PINZON DIAZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL
Radicado: 11001333502720220047400

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 79.589.807 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 101.271 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de Bogotá – Secretaria de Educación Distrital, respetuosamente presento contestación de la demanda dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo siguiente:

I. A LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho en los siguientes términos:

1. Me opongo a esta pretensión, toda vez que, la demandante no tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización de intereses, ya que las cesantías de la parte actora están regladas por el régimen especial del magisterio esto es, la ley 91 de 1989. Igualmente, la entidad que represento no es competente del reconocimiento de la sanción moratoria, ya que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la fiduprevisora la encargada de calcular, liquidar y pagar los intereses de cesantías de los docentes afiliados.
2. Me opongo, pues la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece la normativa vigente, en relación con el procedimiento del reporte a la Fiduprevisora. También es importante aclarar que la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO 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. Por lo cual la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente.

CONDENATORIAS

1. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, habida consideración a que la demandante no tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, toda vez que las cesantías de la parte actora están regladas por el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989.
2. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, habida consideración a que la demandante no tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, toda vez que las cesantías de la parte actora están regladas por el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989.
3. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, habida consideración a que la demandante no tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, toda vez que las cesantías de la parte actora están regladas por el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989.
4. Me opongo a esta pretensión, frente a que los fundamentos presentados en la demanda no soportan las condenas solicitadas por la parte actora hacia mi representada.
5. Me opongo a esta pretensión, frente a que los fundamentos presentados en la demanda no soportan las condenas solicitadas por la parte actora hacia mi representada.
6. Me opongo a esta pretensión, frente a que los fundamentos presentados en la demanda no soportan las condenas solicitadas por la parte actora hacia mi representada.

II. A LOS HECHOS

AL HECHO PRIMERO: NO ES UN HECHO: Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso artículo 3 de la Ley 91 de 1989.

AL HECHO SEGUNDO: NO ES UN HECHO: Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

AL HECHO TERCERO: NO ES UN HECHO: No corresponde a un hecho, pero valga aclarar que, 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.

AL HECHO CUARTO: NO CORRESPONDE A UN HECHO, Es una consideración de orden subjetivo de la parte actora, pero valga aclarar que, 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.

AL HECHO QUINTO: NO ES UN HECHO: La parte actora manifiesta una pretensión sobre una consideración subjetiva de la normatividad aplicable al caso.

AL HECHO SEXTO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO en la medida que refiere a una situación que involucra a otra entidad también llamada en juicio, la cual deberá corroborar el dicho de la parte demandante.

AL HECHO SEPTIMO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO en la medida que refiere a una situación que involucra a otra entidad también llamada en juicio, la cual deberá corroborar el dicho de la parte demandante.

AL HECHO OCTAVO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO en la medida que refiere a una situación que involucra a otra entidad también llamada en juicio, la cual deberá corroborar el dicho de la parte demandante.

AL HECHO NOVENO: NO ES UN HECHO: son observaciones sobre un extracto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, del 12 de noviembre del año 2020, Radicación: 08001-23-33-0002014- 00132-01 (1689-2018), Demandante: MARGARITA ROSA REYES CABALLERO, Demandado: NACIÓN – MEN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MUNICIPIO DE SABANALARGA Y DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO.

III. RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PRESTACIONES DE LOS DOCENTES.

Desde la expedición de la Ley 812 de 2003 por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003, se consagró en su artículo 81 lo siguiente:

"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud."

Por su parte el artículo Art 2° y 3° de la Ley 91 de 1989 a través de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, refiere a la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes, entre la nación y los entes territoriales, de la siguiente manera:

Artículo 2º.- *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

(...)

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Artículo 3°.- *Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*

Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad." (Subrayado fuera de texto).

INEXISTENCIA DE CUENTAS INDIVIDUALES PARA LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

A diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento, así:

1. Al tenor de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, los recursos del FOMAG se conforman con una pluralidad de fuentes, que corresponden, entre otras, a los realizados a través de los descuentos a los afiliados y los aportes de la Nación y las entidades territoriales. Es decir, durante la vigencia presupuestal respectiva se reserva el pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías.
2. La totalidad de recursos con que se constituye el FOMAG conforman el patrimonio autónomo que se administra a través de un esquema fiduciario al que se refiere la Ley 91 de 1989. En ese sentido, los recursos se administran conforme a las indicaciones de la mencionada ley, las cláusulas del contrato fiduciario y las determinaciones que apruebe el Consejo Directivo del FOMAG.
3. La Ley 1955 de 2019, artículo 57, señala que "Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar **el principio de unidad de caja** con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas en la ley, ...". El principio de unidad de caja permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las obligaciones asumidas, en este caso, lo correspondiente a las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo anterior se concluye que, en primer término, en el FOMAG no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Ahora bien, para mayor claridad del tema, el esquema descrito lo soporta un conjunto de normas que indican cómo se apropian los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, incluidas las cesantías y sus intereses (Ley 91 de 1989, artículo 8; Ley 715 de 2001, artículo 8 y 36; Decreto 196, artículos 12 y 13), normas que soportan el régimen especial del Magisterio, que finalmente deben interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003. Es así como este procedimiento surte las siguientes fases:

1. 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 se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
2. Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
3. Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
4. En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Teniendo en cuenta que el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que **anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías**, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Para la liquidación de las cesantías correspondientes al año 2020, que es el periodo de cesantías del cual la demandante reclama que presuntamente no se realizó la consignación, Fiduprevisora S.A. emitió el Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual 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 dicha comunicación se especificó lo siguiente:

“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”

Con lo hasta aquí expuesto, podemos aproximarnos a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, cuyas normas fueron puntualmente citadas, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la **imposibilidad jurídica** de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una **imposibilidad física** para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Procesos de afiliación de los docentes al FOMAG y su diferencia respecto a las administradoras de cesantías y el Fondo Nacional del Ahorro

Hasta ahora, nos hemos referido a las diferencias sustanciales que ostentan los tres regímenes de cesantías analizados, enfatizando en su naturaleza jurídica, los recursos que los conforman y la tipología de trabajador que vinculan. En este acápite, se profundiza en el procedimiento de afiliación que se debe surtir para vincular a cada trabajador y cómo la misma normativa establece las limitantes de adhesión a cada uno de los sistemas.

1. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG:

De conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese fondo cuenta obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

2. Fondos Privados de Cesantías:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, aquellas personas que se encuentren vinculadas en una relación laboral regida mediante contrato de trabajo, obligatoriamente deben afiliarse a una de las empresas administradoras de cesantías (AFP), cuya creación se autorizó en virtud del numeral 6 del artículo 99 de la citada ley. A diferencia de los docentes del FOMAG, los trabajadores a los que les es aplicable este esquema tienen la posibilidad de escoger libremente la entidad administradora de fondos y pensiones de cesantías a la cual desean afiliarse y, adicionalmente, tienen la potestad de trasladar sus

saldos de un fondo de cesantías a otro, siempre y cuando sean de la misma naturaleza (Ley 50 de 1990, artículo 99, numeral 5).

En Colombia, actualmente funcionan 4 AFP: Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías y Old Mutual.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 432 de 1998, artículo 8, que permite a los trabajadores del sector privado su afiliación en el Fondo Nacional del Ahorro, gozando de todos los beneficios contemplados para este sistema de administración de las cesantías, con excepción de lo relacionado con el artículo 12 de la misma ley, referente al cálculo de los intereses de las cesantías.

3. Fondo Nacional del Ahorro:

Por disposición expresa del artículo 5 de la Ley 432 de 1998, los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público deben afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro. Es importante anotar, que el mismo artículo previó que dicha afiliación no es aplicable al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, **ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado mediante la Ley 91 de 1989**. La excepción era apenas obvia, en razón a que los docentes se encuentran cobijados por un régimen especial creado mediante una norma anterior.

De lo anterior se concluye, que las cesantías de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva forzosamente deben ser administradas a través de una figura específica, en este caso, por intermedio del Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo a la normativa y reglamentación prevista para tales efectos.

Conclusiones:

De las normas anteriormente revisadas, en donde se citan puntualmente las normas que se refieren a la especificidad de la tipología de trabajadores que obligatoriamente se debe afiliar a cada uno de éstos, podemos concluir que la forma que hasta la fecha se encuentra vigente corresponde a un sistema de administración de cesantías coherente, en donde, atendiendo a la claridad de su reglamentación, no habría lugar a ningún tipo de confusión respecto de su funcionamiento y las reglas que, según el tipo de trabajador, deben observarse para la liquidación y pago de las respectivas cesantías.

DEL CASO EN CONCRETO – IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, EN CONSIDERACIÓN A LOS DIFERENTES RÉGIMENES DE INTERESES DE CESANTÍAS.

Respecto a la discusión jurídica que parte de la discusión jurídica de las pretensiones es la forma y oportunidad para pagar los intereses de cesantías de los docentes del FOMAG, corresponde enfatizar lo relativo al régimen aplicable a cada régimen:

4. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

En lo que se refiere a los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG, encontramos que la Ley 91 de 1989, artículo 15, señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, así:

“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.”

Adicionalmente, el Acuerdo No. 39 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG, estableció el procedimiento mediante el cual se hace efectivo el mandato legal contenido en el artículo mencionado. A su vez, el artículo 4 del acuerdo que se cita, indica:

“**ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el seis (6) de febrero hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a ésta fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

Los plazos establecidos en el acuerdo transcrito fueron expedidos y publicados por el Consejo Directivo del FOMAG en ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, entre otras, la de “Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos”. Bajo esa línea, la liquidación de los intereses de las cesantías los docentes de FOMAG sigue ese procedimiento.

Se concluye entonces que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial el juez de esta causa decreta una especie de “derogatoria tácita” del acuerdo al que se hace referencia, máxime cuando es su misma firma la que está persiguiendo la nulidad de la disposición a través de la autoridad competente para declararla.

5. Fondos Privados de Cesantías:

Para la liquidación de los intereses de las cesantías de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, expresamente dispuso lo siguiente:

“2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

A diferencia de los docentes afiliados al FOMAG, en el caso de los trabajadores particulares encontramos que el esquema previsto es un porcentaje anual o proporcional por fracción, en este caso el 12%, que se aplica a la suma causada en el año o en la respectiva fracción. Nótese, que a diferencia de los docentes del FOMAG, los trabajadores particulares: (i) no tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, sino por el de cada año individualmente considerado, y (ii) la tasa de interés está atada al 12%, sin que se consideren las fluctuaciones de la economía, hecho que sí está previsto para los docentes del FOMAG, cuya tasa de interés será la

certificada por la hoy Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

- Fondo Nacional del Ahorro:

En el caso de este fondo, la liquidación de los intereses se encuentra expresamente reglada por el artículo 12 de la Ley 432 de 1998, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 12. INTERESES SOBRE CESANTÍAS. El Fondo Nacional del Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, **un interés equivalente a la variación anual de la Unidad de Valor Real-UVR, certificada por el Banco de la República**, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondientes al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente. **No obstante, el cálculo del interés tendrá en cuenta las fechas en las que fue consignada cada fracción.**

Para el efecto, los saldos que administre el Fondo Nacional del Ahorro por este concepto se denominarán en UVR y se reexpresarán en pesos de acuerdo con el valor de la UVR, certificado por el Banco de la República, con base en la fecha de consignación de cada una de las fracciones.”

Se concluye entonces que, para la liquidación en el Fondo Nacional del Ahorro, tampoco se tiene en cuenta el saldo acumulado por concepto de cesantías, sino que se replica la fórmula de las AFP correspondiente al valor de la cesantía del último año. En cuanto al porcentaje, este se encuentra atado a la variación de la UVR certificada por el Banco de la República, más no al comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Aspecto importante para resaltar, es el atinente al principio de inescindibilidad de los regímenes, toda vez que, si bien los trabajadores particulares pueden vincularse al Fondo Nacional del Ahorro, el artículo 9 de la Ley 432 de 1998 establece que “Los empleadores del sector privado deberán liquidar y consignar las cesantías de sus trabajadores afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990”.

SOBRE EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD

En línea con el recuento normativo expuesto, la característica de cada sistema de cesantías tiene claramente delimitada sus reglas en la legislación. Es así como para el caso de los docentes del FOMAG, la ley no dispuso la existencia de cuentas individuales en la cual se debieran consignar sus cesantías, sino que el fondo cuenta se encuentra estructurado en el principio de “unidad de caja”. En todo caso, sus cesantías e intereses de cesantías se encuentran plenamente garantizados, lo cual, en últimas, cumple fielmente los presupuestos constitucionales (artículos 42 y 48) en que se sustenta el auxilio de cesantías, esto es: (i) subvencionar las necesidades del trabajador mientras permanece cesante, y (ii) atender otros requerimientos importantes del trabajador como vivienda y educación.

El hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescindiera de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual, pues es imposible que este hecho se de en la realidad. Bajo ese entendimiento, el Consejo de Estado advirtió que lo que sí debía protegerse era el pago oportuno del auxilio de cesantías, y para lo cual dio lugar a la sanción moratoria en la Sentencia SU-00580 de 2018.

en tanto y que, lo que sí puede darse materialmente es el pago extemporáneo de las cesantías legalmente solicitadas, frente a lo cual, es sabido que la sentencia de unificación 00580 de 2018 del Consejo de Estado sentó jurisprudencia respecto a dicha situación.

Ahora bien, el hecho que ha generado la apertura del presente debate jurídico se encuentra fincado, en parte, al contenido del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, reglamentado parcialmente por el Decreto 1582 de 1998, el cual señala:

“Sin perjuicio de los derechos convencionales, **y lo estipulado en la Ley 91 de 1989**, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: [Ver Art. 3° Decreto Nacional 1919 de 2002](#)

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; (...)” (negritas fuera del texto original)

En la extensión que esta ley realizó respecto de las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, hizo salvedad expresa a las particularidades del sistema de cesantías de los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989. La alocución legislativa no pudo ser más contundente al respecto, ya que se apoyó en la secuencia léxica “Sin perjuicio de”, que quiere decir “dejando a salvo a”. La misma Corte Constitucional advierte en la Sentencia SU-098 de 2018, que cuando existen controversias en la aplicación de dos normas que rijan una misma situación laboral se debe escoger la más favorable al trabajador; sin embargo, esto no se puede realizar de espaldas al principio de inescindibilidad, para lo cual reseña: *“El principio de favorabilidad como mandato constitucional debe guardar consonancia con el principio de inescindibilidad, en este sentido su armonización consiste en que una vez se elige la norma más favorable, esta debe aplicarse en su totalidad sin escindir su contenido.”*

Se pregunta entonces: ¿Cómo puede aplicarse una norma suprimiendo una frase expresamente consignada en ella? A nuestro juicio, es imposible desprenderse de la salvedad que puntualmente señala la ley respecto de lo estipulado en la Ley 91 de 1989. Una interpretación en contrario contraviene la armonía y consonancia que debe imponerse para que coexistan los dos principios en la resolución de un caso particular.

En los hechos de la presente demanda, encontramos que el apoderado de la parte demandante realiza una interpretación errónea de las normas que rigen el imperio de las cesantías de docentes del FOMAG a decir cosas que el legislador no contempló. Agregando textos inexistentes al contenido del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, buscando quizás la formación de una especie de *“Lex Tertia”* que, aunque controvertida, corresponde a una figura que en el derecho penal excepcionalmente aplican los jueces en sus decisiones.

IV. EXCEPCIONES

EXCEPCIONES DE MERITO

Como consecuencia de los presupuestos expuestos en el capítulo que precede, me permito proponer las siguientes excepciones de fondo:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Cuando se analizó el problema jurídico, se hizo énfasis en la imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del FOMAG bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta, de contera, que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la configuración de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, artículo 99.

También se realizó una breve reseña de las órdenes que se desprenden de la sentencia de unificación SU-098 de 2018, en la cual la Corte Constitucional delimitó el rango interpretativo del principio de favorabilidad para la aplicación de la normativa relacionada con las cesantías de los docentes oficiales. Respecto del principio de inescindibilidad, dijo el alto tribunal que bajo ninguna medida podía entenderse la aplicación fragmentada de las normas que gobiernan el régimen especial de los docentes; por el contrario, anota esta jurisprudencia que *“no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan”*. Así las cosas, la interpretación que se le debe dar al caso concreto que nos trae al presente litigio debe salvaguardar el mandato expresado en la sentencia de unificación citada, es decir, bajo ninguna medida pueden dejarse de lado circunstancias legalmente reguladas como la imposibilidad de creación de cuentas individuales para las cesantías de los docentes y la misma imposibilidad de consignar sus cesantías en cuentas que la legislación no ha previsto. También se deben salvaguardar los procedimientos previstos en las normas vigentes para la liquidación de las cesantías y sus intereses, ya que una interpretación en contrario equivale a transgredir el principio de inescindibilidad y la jurisprudencia misma de la Corte Constitucional. Acto seguido, se debe verificar que para la vigencia de 2020 se hayan llevado a cabo los trámites a los que se refiere la Ley 91 de 1989, el Acuerdo No. 39 de 1998, el principio de “unidad de caja” consignado en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y las demás normas concordantes. Así las cosas, encontramos probado lo siguiente:

- Fiduprevisora emitió el Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual 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 dicha comunicación se especificó lo siguiente:

“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”.
- el cual continúa teniendo plena vigencia hasta tanto la jurisdicción competente decida lo contrario.
- Las cesantías de la señora ROSA INES COCA VANEGAS, correspondientes a la vigencia de 2020, se encuentran garantizadas desde la realización de la actividad operativa de

su liquidación y, por tanto, mal podría predicarse un trámite extemporáneo que dé lugar a algún tipo de indemnización.

Salta a la vista una única conclusión, la cual se encuentra acorde el criterio hermenéutico consignado en la sentencia SU-098 de 2018, y es que en el presente asunto no se configura la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, como tampoco se podrá configurar esta sanción para los docentes que se encuentren bajo los mismos supuestos de hecho aquí expresados.

Lo que se solicita en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que como reiteradamente se señala en el texto del líbello, se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del docente en el FOMAG, siendo que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibles la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que el legislador desmonte el compendio de normas bajo la cual se erige la estructura del FOMAG y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente. Así mismo, yerra el demandante cuando señala que esta obligación inicia con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, siendo que esta norma jamás hace referencia a la constitución de cuentas individuales; por el contrario, ratifica el principio de unidad de caja para el pago de las prestaciones económicas de los docentes y la prestación de los servicios médico-asistenciales.

Esto conlleva a que inequívocamente nos veamos frente a la “inexistencia de la obligación”, la cual respetuosamente solicitamos sea declarado como probado bajo la suficiencia argumentativa, con soporte legal y jurisprudencial, que aquí se ha consignado.

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS:

Conforme ha sido reiterado en numerosas oportunidades por las Altas Cortes se entiende que la presunción de legalidad del acto administrativo, hace referencia a “la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de “legalidad”, de “validez”, de “juridicidad” o pretensión de legitimidad.

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es “la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción”

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo.

Al respecto vale la pena finalizar reiterando lo expresado en el acápite de razones y fundamentos de derecho en el sentido de que las normas aplicables al caso concreto de la demandante son aquellas que en efecto ha contemplado la entidad demandada.

PRESCRIPCION:

La cual aplicaría conforme a las disposiciones legales y sobre aquellas solicitudes que han sobrepasado el término máximo legal para su reclamación.

LA GENÉRICA O INNOMINADA.-

Solicito al señor Juez que se sirva declarar probada cualquier otra excepción que resulte demostrada en el curso del proceso.

Revisada la demanda solicito respetuosamente señor juez se tenga en cuenta las pruebas entregadas por la parte demandante. Igualmente, la Secretaria de Educación Distrital enviara cualquier otra prueba que su señoría considere relevante para el proceso.

V. PRUEBAS

Revisada la demanda solicito respetuosamente señor juez se tenga en cuenta las pruebas entregadas por la parte demandante. Igualmente, la Secretaria de Educación Distrital enviara cualquier otra prueba que su señoría considere relevante para el proceso.

1. Expediente administrativo.

VI. ANEXOS

Anexo al presente escrito los siguientes documentos:

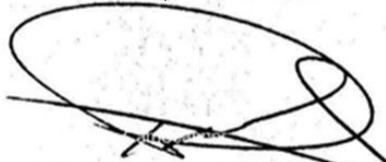
1. Poder especial conferido por el jefe de la oficina jurídica de la Secretaria de Educación de Bogotá D.C.
2. Pruebas señaladas en el capítulo V.

VII. NOTIFICACIONES.

Para efectos de notificaciones a la entidad que represento o al suscrito suministro los siguientes datos:

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co y a al suscrito apoderado: Carrera 16 A No. 80-06 oficina 507, de la ciudad de Bogotá al Correo electrónico del apoderado: pchaustreabogados@gmail.com- pchaustre@chaustreabogados.com

Señor Juez,



PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ
C.C. 79.589.807 de Bogotá
T.P. 101.271 del C.S. de la J.

Señores

JUZGADO VEINTISIETE (27) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

Demandante: PINZON DIAZ ALBA INES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DISTRITO
CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL
Radicado: 11001333502720220047400

Asunto: EXCEPCIONES PREVIAS

PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 79.589.807 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 101.271 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de Bogotá – Secretaria de Educación Distrital, manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito interponer las siguientes excepciones previas, conforme a las siguientes consideraciones:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Esta excepción tiene como fundamento los argumentos, de defensa que se proceden a exponer:

Conforme a la jurisprudencia del consejo de estado, la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y oponerse de las pretensiones de la demanda, esta corporación ha determinado cual es el presupuesto procesal de la legitimación en la causa, que tiene dos dimensiones, (hecho y material) “La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva”²; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

Es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de estar legitimado en la causa del hecho, no este legitimado en la causa material, ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que, de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos vulnerados. Por lo cual genera que las pretensiones fracasen al no poder reparar los perjuicios ocasionados y que se dicte sentencia inhibitoria.

En el asunto del proceso de referencia, se pretende declarar la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la ley 50 de 1990, artículo 99, sin embargo, mi representada carece de legitimación en la causa por pasiva frente a lo pretendido por la parte actora, porque no se guarda vínculo con los hechos y controversias.

pasiva frente a estas pretensiones en la medida que, de conformidad con la ley sustancial, esta entidad no guarda vínculo alguno con los hechos y derechos en controversia y conforme con Al respecto, es necesario recordar que la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado. “Artículo 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características: 1ª.

El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. 2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. 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.

Las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a la Fiduprevisora y dicha fiduciaria calcula, líquida y gira directamente a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. de cada año y de manera oportuna los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia. De otra parte, ni la Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada paga intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, el juez se encuentra en la posibilidad de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva durante el trámite de la audiencia inicial, salvo que no exista certeza frente a la configuración de la excepción de legitimación en la causa de hecho y material, por activa o pasiva, asunto que deberá entonces resolverse en sentencia luego de evacuado todo el periodo probatorio.

En el caso concreto, teniendo en cuenta los fundamentos facticos y jurídicos presentados en la demanda, se demuestra que existe certeza frente a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la Secretaria de Educación Distrital porque si la ley no le ha asignado o transferido la administración del fondo de prestaciones sociales del magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha otorgado, como lo es reconocer las prestaciones sociales y el correspondiente pago de estos dineros, en los que se incluye la sanción moratoria.

Nuevamente, vale la pena resaltar lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 20185, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación: “Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

En el caso concreto, teniendo en cuenta los fundamentos facticos y jurídicos presentados en la demanda, se demuestra que existe certeza frente a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la Secretaria de Educación Distrital

poeque si la ley no le ha asignado o transferido la administración del fondo de prestaciones sociales del magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha otorgado, como lo es reconocer las prestaciones sociales y el correspondiente pago de estos dineros, en los que se incluye la sanción moratoria.

Nuevamente, vale la pena resaltar lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 20185, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación: “Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones a la entidad que represento o al suscrito suministro los siguientes datos:

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co y a al suscrito apoderado: Carrera 16 A No. 80-06 oficina 507, de la ciudad de Bogotá al Correo electrónico del apoderado: pchaustreabogados@gmail.com-pchaustre@chaustreabogados.com

Señor Juez,



PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ
C.C. No. 79.589.807 de Bogotá.
T.P. No. 101.271 C.S.J.



Pedro Chaustre <pchaustreabogados@gmail.com>

OTORGAMIENTO DE PODER_ EXP. 2022-00474_DEMANDANTE: 20940886 PINZON DIAZ ALBA INES (1)

JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA <jhuerfano@educacionbogota.gov.co>

8 de marzo de 2023,
15:43

Para: Pedro Chaustre <pchaustreabogados@gmail.com>

Señor Juez

JUZGADO 27 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ

E. S. D.

Ref. **Acción:**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Proceso: 2022-00474
ID: 733818
Demandante: 20940886 PINZON DIAZ ALBA INES (1)
Demandado: BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO

JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 86.046.382, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, según Resolución de Nombramiento No. 2719 del 30 de agosto de 2022, Acta de Posesión No. 934 del 01 de septiembre de 2022, y conforme al Decreto No. 089 de 24 de marzo de 2021, “*Por medio del cual se establecen lineamientos para el ejercicio de la representación judicial y extrajudicial de Bogotá D.C. y se efectúan unas delegaciones*”, y el artículo 5° de la Ley 2213 de 2022, manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente al **Abogado PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNANDEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.589.807, abogado en ejercicio, con la Tarjeta Profesional No. 101271, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de Representante Legal de la **SOCIEDAD CHAUSTRE ABOGADOS S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.395.046-8, para que represente a Bogotá Distrito Capital - Secretaría de Educación del Distrito, ante ese Despacho, en el proceso de la referencia.

El apoderado queda ampliamente facultado para actuar en las diligencias, notificarse, interponer recursos, sustituir, reasumir, desistir y en general todo lo relacionado con las actuaciones a que hubiere lugar para el cumplimiento del mandato y la defensa de los intereses del Distrito Capital – Secretaría de Educación del Distrito.

Por lo anterior, respetuosamente sírvase Señor Juez reconocer personería para actuar en los términos y para los efectos de este mandato, quien tiene inscrito en el registro nacional de abogados la siguiente dirección de correo electrónico pchaustreabogados@gmail.com.

Atentamente,

Acepto,

JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA **PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNANDEZ**
C.C. No. 86.046.382 C.C. No. 79.589.807

T.P. 101271 del C.S. de la J.

Por favor evita imprimir, a menos que sea estrictamente necesario, al preferir el uso de documentos digitales se ahorra agua, energía y recursos forestales. La información aquí contenida es para uso exclusivo de la persona o entidad de destino. Está estrictamente prohibida su utilización, copia, descarga, distribución, modificación y/o reproducción total o parcial, sin el permiso expreso de la Secretaría de Educación del Distrito, pues su contenido puede ser de carácter confidencial y/o contener material privilegiado. Si usted recibió esta información por error, por favor contacte en forma inmediata a quien la envió y borre este material de su computador. La Secretaría de Educación del Distrito no es responsable por la información contenida en esta comunicación, el directo responsable es quien la firma o el autor de la misma. www.educacionbogota.edu.co

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
TARJETA PROFESIONAL DE ABOGADO

101271
Tarjeta No.

2000/04/04
Fecha de Expedición

1999
Fecha Grado



PEDRO ANTONIO
CHAUSTRE HERNANDEZ
79589807
Cedula

ARCA
CUNDINAM/
Consejo Seccio

EXTERNADO DE COL
Universidad

O. J. M. V.
Presidente Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO 79.589.807

CHAUSTRE HERNANDEZ

APELLIDOS
PEDRO ANTONIO

NOMBRES

FIRMA



INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO 22-NOV-1973

BOGOTA D.C.
(CUNDINAMARCA)

LUGAR DE NACIMIENTO

1.65 ESTATURA

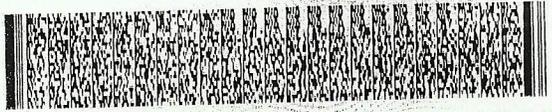
O+ G.S. RH

M SEXO

09-MAR-1992 BOGOTA D.C.

FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

REGISTRADOR NACIONAL
CARLOS ARBEL SAICHEZ TORRES



A-1500150-00180756-M-0079589807-20090926 0016575035A 1 1360111031



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
EDUCACIÓN

Secretaría de Educación

RESOLUCIÓN N°. **2719** 30 AGO 2022

"Por la cual se efectúa un nombramiento ordinario en un cargo de libre nombramiento y remoción, de la planta de personal administrativo de la Secretaría de Educación del Distrito a JULIAN FABRIZZO HUERFANO ARDILA"

LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO

En uso de las facultades legales y en especial las conferidas por los Decretos N° 101 de abril 13 de 2004 y N°001 del 01 de enero de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017, dispone que los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Que en razón a la aceptación de renuncia del Servidor Público **FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° **79.330.053**, a partir del 8 de agosto de 2022, aceptada mediante resolución No. 2121 del 21 de julio de 2022, modificada por la resolución No. 2252 del 29 de julio de 2022, el empleo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, se encuentra en vacancia definitiva y debe ser provisto.

Que mediante Resolución N° 2397 del 5 de agosto de 2022, se encargó a la servidora pública **ELDA FRANCY VARGAS BERNAL**, identificada con la cédula de ciudadanía N° **51.890.373**, en el empleo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, hasta que se provea de manera definitiva el empleo

Que de acuerdo con el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 "*La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.*" (Negrillas fuera de texto).

Que la vacancia del cargo denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, se ocasionó por renuncia irrevocable debidamente aceptada, y en consecuencia es viable la provisión del cargo.

Que con base en la normatividad vigente, la Secretaría de Educación del Distrito, solicita adelantar los trámites necesarios para nombrar al doctor **JULIAN FABRIZZO HUERFANO ARDILA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° **86.046.382**, en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito.

Que la Jefe de la Oficina de Personal mediante certificación expedida el veinticinco (25) de agosto de 2022, manifiesta que el doctor **JULIAN FABRIZZO HUERFANO ARDILA**, identificado con la cédula de



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
EDUCACIÓN

Secretaría de Educación

CONTINUACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 2719 30 AGO 2022

"Por la cual se efectúa un nombramiento ordinario en un cargo de libre nombramiento y remoción, de la planta de personal administrativo de la Secretaría de Educación del Distrito a JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA"

ciudadanía N° **86.046.382**, cumple con los requisitos exigidos para desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 2256 del 1 de agosto de 2022.

Que, por lo anteriormente expuesto, procede el nombramiento del doctor **JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA**, en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito.

En consecuencia, este despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Nombrar con carácter ordinario al doctor **JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° **86.046.382**, en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. Comunicar el contenido de la presente resolución al doctor **JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA**, y remitir copia de la misma a la Dirección de Talento Humano y a la Dirección de Servicios Administrativos, para los fines pertinentes.

ARTÍCULO TERCERO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y surte efectos fiscales a partir de la posesión de la doctora **HUERFANO ARDILA**.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 30 AGO 2022


EDNA CRISTINA BONILLA SEBÁ
Secretaria de Educación del Distrito

Aprobaciones a través de correo institucional:

Nombre	Cargo	Labor
Angela María González Lozada	Contratista Despacho	Revisó
Alvaro Monsalve Veloza	Contratista Despacho Área jurídica	Revisó y Aprobó
Elda Francy Vargas Bernal	Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)	Revisó y Aprobó
Nasly Jennifer Ruiz González	Subsecretaria de Gestión Institucional	Revisó y Aprobó
Edder Harvey Rodríguez Laiton	Director de Talento Humano -- 5100	Revisó y Aprobó
María Teresa Méndez Granados	Jefe de Oficina de Personal	Revisó y Aprobó
Angela Huertas Huertas	Profesional Contratista	Proyectó y Elaboró



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

ACTA DE POSESIÓN N° 934

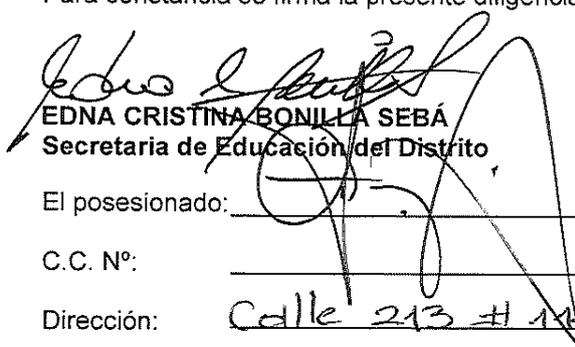
En Bogotá, Distrito Capital, el 1 de septiembre de 2022, compareció ante la señora Secretaria de Educación del Distrito, el doctor **JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° **86.046.382**, para tomar posesión del empleo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, otorgado mediante nombramiento ordinario con Resolución N° 2719 de 30 de agosto de 2022, el cual es financiado con Recursos Propios y dependiente de la Planta de Cargos de Personal Administrativo de la Secretaría de Educación del Distrito.

Fecha de efectividad:

01 de septiembre de 2022

La Jefe de la Oficina de Personal verificó el cumplimiento de todos los requisitos y la Oficina de Personal, mediante certificación de fecha 25 de agosto de 2022, hace constar que el doctor **JULIAN FABRIZIO HUERFANO ARDILA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° **86.046.382**, cumple con lo establecido en la Resolución N.º 0225 del 4 de febrero de 2020 y con los documentos requeridos para su posesión, los cuales se encuentran vigentes a la fecha, según lo dispuesto en la Ley 190 de 1995 y el Decreto N° 648 de 19 de abril de 2017, para el desempeño del empleo denominado Jefe Oficina Asesora código 115 grado 06, asignado en la Oficina Asesora Jurídica de la planta de empleos de esta Secretaría, por lo tanto, se realiza la posesión ante la Secretaria de Educación del Distrito, conforme a las facultades que le confiere el Decreto N° 001 del 1 de enero de 2020 y con las formalidades legales, se hace el Juramento que ordena el Artículo 122 de la Constitución Política.

Para constancia se firma la presente diligencia.


EDNA CRISTINA BONILLA SEBÁ
Secretaria de Educación del Distrito

El posesionado: _____

C.C. N°: 86 046382

Dirección: Calle 213 # 114-10 12 & 7 Casa 25

Teléfono: 3115378808

Correo: julianhuerfanoardila@gmail.com

Revisó y Aprobó: Edder Harvey Rodríguez Laiton - Director de Talento Humano
Revisó y Aprobó: María Teresa Méndez Granados - Jefe Oficina de Personal
Proyectó y Elaboró Angela Huertas Huertas - Profesional Contratista

Se deja constancia que al momento de la posesión se informó que es deber de los servidores públicos conocer el contenido del Código Único Disciplinario Ley 734 del 2002 y de la Ley 190 de 1995 Estatuto Anticorrupción que puede ser consultado en www.educacionbogota.gov.co

Av. Eldorado No. 66 – 63
PBX: 324 10 00
Fax: 315 34 48
www.educacionbogota.gov.co
Información: Línea 195

181006

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

TARJETA PROFESIONAL DE ABOGADO

94051

Tarjeta No.

98/12/16

Fecha de
Expedición

98/12/10

Fecha de
Grado

JULIAN FABRIZZIO

HUERFANO ARDILA

86046382

Cedula

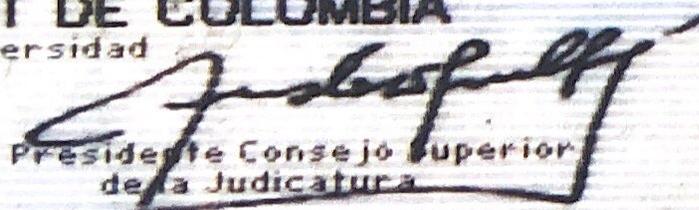
CUNDINAMARCA

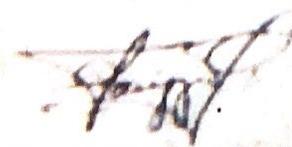
Consejo Seccional

EXT DE COLOMBIA

Universidad




Presidente Consejo Superior
de la Judicatura



REPÚBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACIÓN PERSONAL
CÉDULA DE CIUDADANÍA

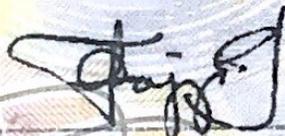
NÚMERO **86.046.382**

HUERFANO ARDILA

APELLIDOS

JULIAN FABRIZIO

NOMBRES



FIRMA





INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **29-MAY-1974**

VILLAVICENCIO
(META)

LUGAR DE NACIMIENTO

1.80

ESTATURA

B+

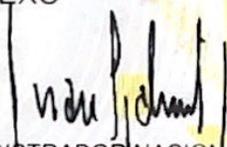
G.S. RH

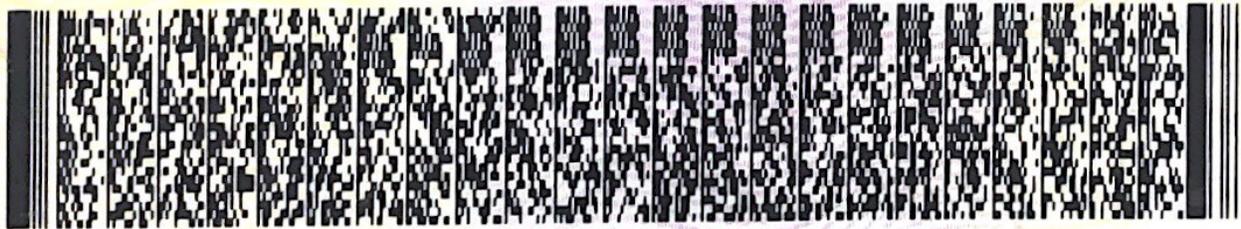
M

SEXO

30-ABR-1993 VILLAVICENCIO

FECHA Y LUGAR DE EXPEDICIÓN


REGISTRADOR NACIONAL
JUAN CARLOS GALINDO VACHA



A-1500150-01071020-M-0086046382-20190402

0065040931A 1

9907718181

REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL