



Por su parte los artículos 2° y 4° del citado decreto rezan:

*“Artículo 2°. Funciones. Corresponde al Ministerio de Educación Nacional cumplir, además de las funciones señaladas por la ley, las siguientes:*

*2.1. Formular la política nacional de educación, regular y establecer los criterios y parámetros técnicos cualitativos que contribuyan al mejoramiento del acceso, calidad y equidad de la educación, en la atención integral a la primera infancia y en todos sus niveles y modalidades.*

*2.2. Preparar y proponer los planes de desarrollo del Sector, en especial el Plan Nacional de Desarrollo Educativo, convocando los entes territoriales, las instituciones educativas y la sociedad en general, de manera que se atiendan las necesidades del desarrollo económico y social del país.*

*2.3. Dictar las normas para la organización y los criterios pedagógicos y técnicos para la atención integral a la primera infancia y las diferentes modalidades de prestación del servicio educativo, que orienten la educación en los niveles de preescolar, básica, media, superior y en la atención integral a la primera infancia.*

*2.4. Asesorar a los Departamentos, Municipios y Distritos en los aspectos relacionados con la educación, de conformidad con los principios de subsidiaridad, en los términos que defina la ley.(....)*

*2.15. Suspender la capacidad legal de las autoridades territoriales para la administración del servicio público educativo y designar de forma temporal un administrador especial de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 715 de 2001.*

*2.16. Dirigir el proceso de evaluación de la calidad de la educación superior para su funcionamiento.*

*2.17. Formular la política y adelantar los procesos de convalidación de títulos otorgados por Instituciones de Educación Superior extranjeras.*

*2.18. Formular políticas para el fomento de la Educación Superior.*

*2.19. Las demás que le sean asignadas.”*

*“Artículo 4°. Integración del Sector Administrativo de la Educación. El Nivel Nacional del Sector Administrativo de la Educación está constituido por el Ministerio de Educación Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas: (....)*

*Adscritas:*

*Instituto Nacional para Ciegos INCI*

*Instituto Nacional para Sordos INSOR*

*Instituto Técnico Central*

*Instituto de Educación Técnica Profesional de Roldanillo*

*Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de San Andrés y Providencia.*

*Instituto Tolimense de Formación Técnica Profesional*

*Instituto Superior de Educación Rural de Pamplona ISER*

*Vinculadas:*

*Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "Mariano Ospina Pérez" ICETEX.*

*Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación –ICFES*

*Fondo de Desarrollo de la Educación Superior –FODESEP (....)”*

Como se puede apreciar, el FOMAG NO hace parte de las entidades adscritas ni vinculadas al Ministerio de Educación Nacional, no hace parte de su patrimonio, ni los docentes afiliados al Fondo son sus empleados. La Nación como creador del Fondo y al ser una de las fuentes de financiación del FOMAG transfiere a través del Ministerio de Educación, los recursos, pero estos recursos no hacen parte del presupuesto de dicho Ministerio, y como se explicó anteriormente, los recursos son del patrimonio autónomo y no pertenecen al Ministerio.

Por su parte el Ministerio de Educación Nacional, a pesar de que no es el administrador, ni representante legal del Fondo, ha sido vinculado en todos los procesos que adelantan los docentes o sus beneficiarios en contra del Fomag, situación originada en el desconocimiento que se tiene por parte de particulares y jueces, de la distribución de roles que supone el Contrato de Fiducia Mercantil No. 083 de 1990.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, es un fondo especial, creado mediante Ley 91 de 1989, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados. Como los demás fondos especiales, éste constituye una excepción al principio de unidad de caja, y los recursos se manejan en una cuenta especial.

Por voluntad del legislador, la administración y representación legal del Fondo, debe ser realizada por un tercero a través de la figura de Fiducia Mercantil, razón por la cual y por ministerio de la ley, se delegó en el Ministerio de Educación la suscripción del contrato de Fiducia No. 083 de 1990, contrato que fue suscrito con Fiduprevisora S.A, siendo esta última la actual vocera y administradora de los recursos del Fomag.

Como resultado de lo anterior Fiduprevisora S.A, tiene la representación judicial y extrajudicial de los bienes objeto del fideicomiso (patrimonio autónomo), acatando y pagando las condenas derivadas de procesos judiciales con recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Razones por las cuales se solicita la vinculación de la fiduciaria, así como la desvinculación del Ministerio.

## EXCEPCIONES

### 1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY

Propongo esta excepción, teniendo en cuenta que la ley 91 de 1989, es la normativa aplicable al caso concreto, consagra en su articulado que para los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990 el reconocimiento y pago de las cesantías se hará de manera anualizada, reconociendo un interés sobre el saldo existente, y no de manera retroactiva, y teniendo en cuenta que la vinculación del docente demandante se realizó con posterioridad, resulta procedente esta excepción.

## ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Con la ley 91 de 1989, referente al reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, se estableció un régimen de transición y garantía de derechos adquiridos por aquellos que se encontraban vinculados con anterioridad a su entrada en vigencia (1 de enero de 1990) destacándose que los docentes nacionalizados y territoriales tenían a dicha fecha derecho a la liquidación de cesantías de manera retroactiva, es decir que el valor a reconocer será equivalente al salario devengado por el educador a fecha de retiro por el número de días trabajados dividido por 360 días, sin derecho a reconocimiento y pago de intereses de cesantías. Garantía ratificada en la ley 60 de 1993.

Si bien las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y el decreto 196 de 1995 hacen una diferenciación entre los docentes nacionalizados y territoriales, las mismas están encaminadas a la necesidad de aclarar la fuente de financiación y de quien tuvo la potestad nominadora, para expedir el correspondiente acto administrativo mediante el cual fueron nombrados como docentes y por ende vinculados al servicio sin que con ello se estuviese determinando o creando un nuevo grupo de docentes con régimen prestacional diferente a los manejados para los docentes

nacionales y nacionalizados. De lo anterior se puede deducir, que las normas aplicables de liquidación de cesantías de los docentes territoriales son las contempladas para los docentes nacionalizados. Además, el decreto 196 de 1995 estableció el procedimiento y límite temporal en el cual los docentes territoriales debieron ser incorporados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, mas no creó un nuevo régimen de transición diferente al expuesto en la ley 91 de 1989.

Igualmente es importante aclarar que dentro de este proceso de incorporación, la correspondiente entidad territorial debió señalar en las respectivas actas de liquidación de prestaciones las normas aplicables a los docentes territoriales que tenía a su cargo, señalándose en ellas la forma de liquidación de las cesantías, dependiendo de su fecha de vinculación, lo que originó que en el estudio efectuado por cada entidad territorial se haya contemplado dos formas de liquidación: 1) ley 91 de 1989, para los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, y 2) ley 6 de 1945, aplicable para los educadores vinculados antes del 1 de enero de 1990.

Por lo anterior, el régimen garantizado y respetado para los docentes territoriales que se señala en la ley 60 de 1993 y el decreto 196 de 1995, se refiere a los lineamientos normativos señalados en el punto anterior, y entregados por las respectivas entidades territoriales, los cuales eran manejados por estas hasta el 31 de diciembre de 1996

Es decir que, frente a la petición de reconocer el régimen de cesantías retroactivas a los docentes vinculados al magisterio desde el 1 de enero de 1990 al 31 de diciembre de 1996, no es procedente toda vez que estos docentes ya se estaban rigiendo por el numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siendo este su régimen a garantizar en el proceso de incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ha pronunciado al respecto, en fallo de 10 de noviembre de 2016<sup>2</sup>, donde anota el régimen de cesantías aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Donde en principio, señala que la Ley 6 de 1945 en su artículo 17, señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente *-in genere-*, gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1° de enero de 1942, de la siguiente manera:

“Ahora bien, la anterior disposición fue reglamentada mediante el Decreto 2767 de 1945, en el que la prestación se extendió a los empleados y obreros al servicio de los Departamentos y Municipios.

Adicionalmente, se tiene que a través de la Ley 65 de 1946, artículo 1°, se dispuso que:

*“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1 de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.”*

---

<sup>2</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “E”, Magistrada Ponente: PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO. Sentencia No. 016 de noviembre 10 de 2016. Radicación número: 1100133350222015-00631-01.

En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los empleados de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios. Esta regla se mantuvo en el artículo 2° del Decreto 1160 de 1947.

Finalmente, el Decreto No. 2567 de 1945, dispuso en el artículo 1°, que:

*“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”*

Ahora bien, la Ley 91 de 1989 estableció una diferencia entre docentes nacionales y nacionalizados, asignó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la obligación de pagar las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, incluidas las cesantías, a través de la entidad fiduciaria contratada, en este caso, la Fiduciaria la Previsora S.A., y estableció el régimen de cesantías de los docentes afiliados al mismo. La norma enunciada, señala:

*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:*

*(...)*

*3-Cesantías:*

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

De lo expuesto, resulta palmario que el régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se estableció así:

1. Régimen de liquidación retroactivo para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989.
2. Régimen de liquidación anual, sin retroactividad, y con pago de interés, para los docentes que se vincularon a partir del 1° de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), 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”.

En igual sentido se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado<sup>3</sup>:

*"Se deduce entonces, que la ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.*

*Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.*

*En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses".*

#### PRUEBAS

Solicito tener como pruebas las siguientes:

##### DOCUMENTALES:

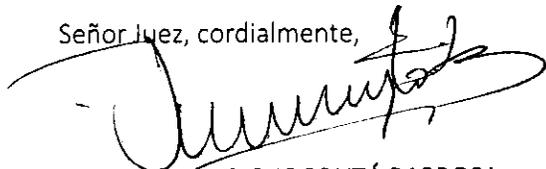
- Las que se alleguen por parte del Ente Territorial, conforme a solicitud que se realizará, de la cual se adjuntará copia de su radicación en su eventual momento.

#### NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado y mi representada, en la Secretaría de su Despacho o en la Calle 43 N° 57 - 14, Centro Administrativo Nacional - CAN, de la ciudad de Bogotá. Correos electrónicos: [gerencia@aintegrales.co](mailto:gerencia@aintegrales.co) y [jchocontab@gmail.com](mailto:jchocontab@gmail.com); número celular: 3002875782

La demandante, en la dirección aportada con el escrito de la demanda.

Señor Juez, cordialmente,



JEYSSON ALIRIO CHOCONTÁ BARBOSA  
C.C. N° 1.033'706.367 de Bogotá  
T.P. N° 271.763 del C.S. de la J.

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, sentencia de marzo 25 de 2010. Radicado: 630012331000200301125-01 (0620-09).