**RAD_S**
Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

Señor:

**JUZGADO 06 ADMINISTRATIVO DE MANIZALES (CALDAS).**
E. S. D.

| | |
|---|---|
| **Medio de Control:** | Nulidad y Restablecimiento del Derecho. |
| **Radicado:** | 17001333900620220014700. |
| **Demandante:** | NATALY GONZÁLEZ QUINTERO. |
| **Demandados:** | LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG - Y DEPARTAMENTO DE CALDAS. |

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA.**

**YEISON LEONARDO GARZÓN GÓMEZ,** mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando como apoderado según poder de sustitución del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, entidad demandada dentro del proceso de la referencia, respetuosamente manifiesto a usted que por medio del presente escrito y estando dentro del término legal para hacerlo, me permito dar contestación a la demanda, en los siguientes términos:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

## I. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Actuando en nombre y representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, según las facultades de representación judicial anteriormente anotadas, me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, sus declaraciones y condenas; para lo cual, previo a cumplir con la formalidad de pronunciarme respecto a éstas, se considera de especial relevancia advertir algunos aspectos de carácter general que conciernen al presente litigio, los cuales serán rigurosamente desarrollados a lo largo de la presente contestación, y que corresponden a lo siguiente:

1. La demanda se encuentra fundada en supuestos de hecho falsos e inexistentes: El demandante, cuando plantea la secuencia de los supuestos de hecho en los cuales fundamenta sus pretensiones, hace referencia a apartes normativos inexistentes. Concretamente, **el hecho tercero de la demanda** señala que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 modificó la Ley 91 de 1989, y que a partir de su entrada en vigencia, las entidades

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

territoriales, según el demandante, deben pagar intereses de cesantías antes del 30 de enero y consignar las cesantías en una cuenta individual del docente antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que fueron causadas. La simple lectura del tenor literal del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 permite a cualquiera evidenciar que no existe en el texto normativo mención alguna a estos aspectos, ya que la norma jamás se refiere a fechas y mucho menos a cuentas individuales de los docentes en el FOMAG. Esta norma se contrae a indicar que "las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". En conclusión, se observa que, la forma en que se plantean los hechos de la demanda, peligrosamente intentan desviar la atención de la administración de justicia, generando confusión respecto de lo que expresamente se encuentra previsto en el artículo 57 en mención.

2. Las pretensiones de la demanda contrarían los beneficios que tienen los docentes del FOMAG: Dentro de las peticiones de la demanda, se observa que, en el numeral segundo, el apoderado solicita que los intereses de las cesantías del docente se tramiten bajo el amparo de las normas establecidas para los trabajadores particulares. Esta posición, desconoce y pasa por alto que la norma especial prevista para los docentes del FOMAG, esto es, el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, resulta mucho más beneficiosa para la demandante en materia de liquidación de intereses, hecho que aritméticamente se comprobará en la presente contestación de demanda.

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

3. **Se pretende la nulidad de un acto identificado con NOM 650 12/10/2021**: El objetivo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al que acude el demandante, pretende la nulidad de un **acto identificado con NOM 650 12/10/2021** negando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la ley 50 de 1990. No obstante, mediante oficio No. 20210173164781 de 11-10-2021, Fiduprevisora S.A., en su condición de vocera y administradora del FOMAG, emitió respuesta a la comunicación remitida por el demandante, en la cual solicitaba la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses.

4. Indebida interpretación de la jurisprudencia relativa a las cesantías de los docentes del FOMAG: En la sustentación del concepto de violación, el demandante reseña una serie de

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mediante los cuales pretende sustentar sus pretensiones. Sin embargo, es importante precisar que el alcance de la jurisprudencia no corresponde a la que le endilga el demandante, situación a la se hará referencia puntualmente en el desarrollo de la contestación de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, procedo a pronunciarme de manera individual frente a cada una de las pretensiones de la demanda, así:

**FRENTE A LAS PETICIONES**

**PRIMERA:** Me opongo a que se declare la nulidad de un **acto identificado con NOM 650 12/10/2021**. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Fiduprevisora S.A., en su condición de vocera y administradora del FOMAG, mediante oficio No. 20210173164781 de 11-10-2021, dio respuesta a la solicitud efectuada por la demandante en donde requería el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y sus intereses conforme a lo establecido en la Ley 50 de 1990, artículo 99. Ante esta evidencia, es claro que no se configuró el acto ficto o presunto respecto del cual el demandante solicita la nulidad.

**SEGUNDA:** Me opongo a que se declare que el demandante 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, ya que como más adelante se demostrará en la presente defensa, las cesantías del demandante se tramitaron conforme a lo específicamente reglado en el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 039 de 1998 emitido por el Consejo Directivo del FOMAG.

**FRENTE A LAS DECLARACIONES DE CONDENA**

Me opongo a lo solicitado en el numeral **PRIMERO** del acápite de condenas, esto es, que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 en favor de la parte actora, en la medida en que el demandante carece de sustento fáctico, jurídico y probatorio para demostrar que el trámite de las cesantías de la demandada, para la anualidad de 2020, se llevó a cabo sin el cumplimiento de la normativa establecida para el régimen especial del magisterio que regula la materia.

Me opongo a lo solicitado en el numeral **SEGUNDO** del acápite de condenas, esto es, que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías en favor de la parte actora, en la medida en que el demandante carece de sustento fáctico, jurídico y

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

probatorio para demostrar que el trámite de las cesantías de la demandada, para la anualidad de 2020, se llevó a cabo sin el cumplimiento de la normativa establecida para la materia, tal como se ampliará cuando, en la presente defensa, se haga referencia a cómo se liquidan y pagan los intereses de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG.

Me opongo a lo solicitado en el numeral **TERCERO** del acápite de condenas, esto es, que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar ajustes con motivo de la disminución del poder adquisitivo, pues, al no ser procedente el reconocimiento de suma alguna por concepto de indemnización moratoria, la misma suerte corre la pretensión de este numeral. Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han precisado con suficientes argumentos la imposibilidad de reclamar ajustes de valores cuando lo que se pretende es un reconocimiento indemnizatorio.

Me opongo a lo solicitado en los numerales **CUARTO**, **QUINTO** y **SEXTO** del acápite de condenas, oposición que dependerá de las resultas definitivas del presente litigio en cumplimiento del derecho constitucional del debido proceso.

## II. FRENTE A LOS HECHOS

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

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

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

**CUARTO:** No es cierto, en la medida en que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de

la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 "*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Es importante mencionar que, como más adelante se expondrá, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019 (Expediente: 76001-23-31-000-2009-00867-01, número interno: 4854-2014) el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual** sobre **el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo). Debe resaltarse, que sobre el acuerdo del Consejo Directivo del FOMAG pesa una demanda de nulidad simple por inconstitucionalidad, presentada por la misma firma que apodera a la docente demandante, y que se tramita ante el Consejo de Estado (Expediente: 11001032500020210068600, sección segunda, subsección A). Por tanto, hasta tanto no exista decisión de fondo y debidamente ejecutoriada, el contenido del acuerdo permanece en el mundo jurídico con plenos efectos frente a la liquidación de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

**SEXTO:** No es cierto, en la medida en que mediante oficio No. 20210173164781 de 11-10-2021, Fiduprevisora S.A., en su condición de vocera y administradora del FOMAG emitió respuesta a la comunicación remitida por el demandante, en la cual solicitaba la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses.

**SÉPTIMO**: Es cierto, en la medida en que, ante la Procuraduría Judicial para asuntos Administrativos, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial en donde, entre otros casos, se intentó la conciliación respecto de las pretensiones del demandante relacionadas con las solicitudes realizadas en la demanda. De acuerdo con lo consignado en la constancia expedida por el despacho de la procuraduría, la conciliación fue declarada fallida por la ausencia de ánimo conciliatorio por parte de LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO que, vale la pena resaltar, se sustentó en los argumentos jurídicos que retomaremos en los siguientes apartes.

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

## III. EL PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a las pretensiones y supuestos de hecho en los que se soporta el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por el demandante, se puede concluir que los problemas jurídicos que debe entrar a resolver la jurisdicción contenciosa administrativa, corresponden a los siguientes:

- ¿Se configuran, en el caso concreto del demandante, los presupuestos necesarios para el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata la Ley 50 de 1990 y el pago de indemnización por pago tardío de intereses a las cesantías?
- ¿Cómo se garantiza el principio de inescindibilidad de la norma en el régimen especial de las cesantías de los docentes?

A efectos de que el Despacho cuente con los argumentos suficientes para desatar el presente litigio, muy respetuosamente procedemos a realizar una puntual exposición de los aspectos que, a nuestro juicio, permiten concluir que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la parte demandante, lo cual procedemos a desarrollar en los siguientes términos.

### 1. Generalidades del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y sus características frente a otras figuras de administración de las cesantías de los trabajadores

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) como **una cuenta especial** de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, para que sus recursos sean 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 Presidente de la República, el Ministro de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A. celebraron contrato de fiducia mercantil protocolizado mediante la Escritura Pública No. 0083 de 21 de junio de 1990.

Para los efectos de esta defensa del patrimonio público, es necesario que el Señor Juez tenga en cuenta que el FOMAG es un **fondo cuenta**, que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 91 de 1989 y el objeto del contrato mismo, **constituye un patrimonio autónomo** cuyos recursos son administrados por una sociedad fiduciaria (actualmente Fiduprevisora S.A.), sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por ser un fondo cuenta, no se constituye como una entidad financiera y consecuentemente, no le es permitido realizar las operaciones financieras de que trata el Estatuto Orgánico del Sector Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), el cual referencia taxativamente las entidades que sí tienen esa posibilidad. En lo que se

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

refiere al pago de las cesantías del personal docente afiliado al FOMAG, el artículo 15, numeral 3 de la misma ley, prevé los escenarios y la forma en que, según el periodo de vinculación del docente, se liquidan y pagan las correspondientes cesantías.

Otra de las particularidades del régimen de los docentes deviene en que en virtud del artículo 1 del Decreto 3752 de 2003, a este fondo cuenta, se deben afiliar, obligatoriamente, todos los docentes del país.

Para mayor claridad, resulta relevante resaltar las **sustanciales diferencias** que tiene el FOMAG con otros sistemas de administración de cesantías, particularmente en lo relacionado con la naturaleza jurídica, régimen especial, funcionamiento y operación, respecto de los demás regímenes de cesantías, así:

- Fondos Privados de Cesantías:

De acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) los fondos privados de cesantías corresponden a la figura de **un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados**, independiente del patrimonio de la sociedad administradora y conformado por las **cuentas individuales de éstos**, las cuales, a su vez, tienen una subcuenta de corto y una subcuenta de largo plazo. Por su naturaleza, tienen las características de una entidad financiera, lo cual le permite realizar inversiones. En cuanto al régimen de liquidación de las cesantías y sus intereses pertenecientes a sus afiliados voluntarios, se realiza conforme a lo expresamente regulado por artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Es importante anotar, que por disposición del Decreto 1582 de 1998, artículo 2, las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 **podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías**. Esta modalidad de administración, corresponde exclusivamente a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, no así para el FOMAG, que se creó mediante la Ley 91 de 1989 bajo el principio de unidad de caja y, por tanto, las cesantías de los docentes no se administran en cuentas individuales.

- Fondo Nacional del Ahorro:

El Fondo Nacional del Ahorro se constituye como un **establecimiento público** creado mediante el Decreto Ley 3118 de 1968, bajo el régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado. Está organizado como un establecimiento de crédito del orden nacional **de carácter financiero**, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

Este Fondo entidad se regula por la Ley 432 de 1998, al cual se deben afiliar obligatoriamente todos los servidores públicos y de manera excepcional, los particulares que voluntariamente lo hagan. En este sistema, también se dispuso el esquema de cuentas individuales para cada afiliado, tal como lo dispone el artículo 12, cuando se regula los intereses de las cesantías para el FNA, los cuales se abonarán a la cuenta individual de cada servidor público.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

**2. Fuentes de financiación de los distintos regímenes de cesantías:**

Otra de las diferencias entre los diferentes regímenes de cesantías se encuentra en las fuentes de financiación de cada uno, como se plantea en el siguiente cuadro y su esquema de administración:

| FONDOS PRIVADOS DE CESANTÍAS (cuentas individuales por afiliado) | FONDO NACIONAL DEL AHORRO (cuentas individuales por afiliado) | FOMAG (fondo común-unidad de caja) |
|---|---|---|
| **Recursos con los que se conforman** | | |
| A. Las sumas que por concepto de auxilio de Cesantías consigne el empleador.<br>B. Aportes voluntarios por los afiliados independientes. (Decreto 1063 de 1991, artículo 12, literal b) y artículo 31).<br>C. Aportes de las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado. (Artículo 59 de la Ley 79 de 1988, el Decreto 468 de 1990<br>y el Decreto 4855 de 2006).<br>D. Los aportes de las entidades públicas del sector salud, de la rama judicial o del nivel territorial. (Decreto 1582 de 1998).<br>E. Las sumas entregadas por la nación a través del sistema general de participaciones.<br>F. Las sumas entregadas por la nación y las entidades territoriales por concepto de los contratos de concurrencia.<br>G. Los rendimientos generados por los activos que integran los portafolios del fondo.<br>H. El producto de las operaciones de venta de activos. | a) Las cesantías de los afiliados,;<br>b) Las apropiaciones y recursos provenientes de la Nación y de otras entidades de derecho público o privado;<br>c) Los auxilios, subvenciones, donaciones o contribuciones;<br>d) Los recursos provenientes de los empréstitos internos y externos;<br>e) Los bienes que como persona jurídica adquiera a cualquier título y los frutos naturales o civiles de éstos;<br>f) Los rendimientos que provengan de sus inversiones y rentas, cualquiera que sea su naturaleza;<br>g) El producto de las operaciones de venta de activos;<br>h) Los ahorros voluntarios de los afiliados; e<br>i) Cualquier otro ingreso que resulte a favor del Fondo. | El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.<br>Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.<br><br>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.<br><br>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.<br><br>El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.<br><br>El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de |

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

| | | |
|---|---|---|
| I. Cualquier otro ingreso que resulte a favor de los portafolios del Fondo | | toda nómina que les pague la Nación por servicios personales. |
| **FONDOS PRIVADOS DE CESANTÍAS** | **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** | **FOMAG** |
| **SUJETOS BENEFICIARIOS** | | |
| Trabajadores particulares vinculados a través de contrato de trabajo. | Trabajadores y servidores públicos.<br><br>Trabajadores del sector privado que se afilien voluntariamente. | Exclusivamente y de forma obligatoria, el Personal docente. |

### 3. Imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados al FOMAG

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:

- 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.
- 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.
- 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.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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:

- 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.
- 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.
- 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-.
- 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 que el 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:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.
4. 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.
5. 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.

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

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.

- 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 procedimiento 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.

- 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.

- 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 acotaciones anteriormente realizadas, 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 el diseño 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.

**4. Régimen de intereses de cesantías en los distintos esquemas**

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Teniendo en cuenta que parte de la discusión jurídica de las pretensiones gira en torno a la oportunidad y forma en que deben pagarse los intereses de cesantías de los docentes del FOMAG, corresponde puntualizar lo relativo al régimen aplicable en cada uno de los regímenes:

- 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. Ahora bien, la firma de abogados que representa al demandante, presentó ante el Consejo de Estado el medio de control de "nulidad simple por inconstitucionalidad" del artículo 4 del Acuerdo No. 39 de 1998, al cual le fue asignado el expediente No. 11001032500020210068600 (3740-2021) y su trámite se surte ante la Sección Segunda, Subsección A, de ese alto tribunal.

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

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de las pretensiones de la presente acción judicial el juez de esta causa decrete 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.

- 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, aún en el esquema previsto para la liquidación de los intereses de las cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro, tampoco se tienen en cuenta el saldo acumulado por

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 a la 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".

Para mayor claridad, a continuación se realizan dos ejercicios aritméticos para evidenciar: (i) la rentabilidad de las cesantías calculada por cada millón de pesos en los diferentes regímenes en un rango de cinco años (2015-2022); (ii) la rentabilidad de las cesantías correspondientes al caso de la demandante Yira Patricia Ibarguen en el mismo periodo, bajo la hipótesis de que no hubiere realizado retiros parciales de cesantías.

**Principio de inescindibilidad**

En línea con el recuento normativo expuesto, las características 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 prescinda 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

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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;
(…)" (negrillas 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 fuerza las normas que rigen el imperio de las cesantías de los docentes del FOMAG a decir cosas que el legislador no ha contemplado. Y, a través de una cuestionable práctica, agrega 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.

**Indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG**

Para robustecer su argumentación, el apoderado de la parte demandante se refiere a una serie de pronunciamientos judiciales de las altas cortes que él mismo clasifica de la siguiente manera:

- Sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- Sentencias del Consejo de Estado:

| No. | RADICADO EXPEDIENTE | FECHA DECISIÓN | MAGISTRADO PONENTE |
|---|---|---|---|
| **1** | 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) | 6 de agosto de 2020 | Dra. SANDRA LISETH IBARRA |
| **2** | 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014 | 24 de enero de 2019 | Dra. SANDRA LISETH IBARRA |
| **3** | 54001-23-33-000-2016-00236-01 | 21 de febrero de 2019 | Dra. SANDRA LISETH IBARRA |
| **4** | 08001-23-33-000-2014-00208-01 | 10 de junio de 2020 | Dra. SANDRA LISETH IBARRA |
| **5** | 08001-23-33-000-2014-00132-01 | 12 de noviembre de 2020 | Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ |
| **6** | 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017) | 17 de junio de 2021 | Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ |
| **7** | 08001-23-33-000-2015-00331-01 | 17 de junio de 2021 | Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS |

Centraremos nuestra atención en el contenido de la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional por dos razones fundamentales: (i) porque se trata de una sentencia de unificación de jurisprudencia perteneciente a la tipología “interpretativas”, y (ii) porque los pronunciamientos del Consejo de Estado citados por la parte demandante, deciden casos particulares y concretos en donde las pretensiones no han prosperado por estar prescritas.

En su génesis, la sentencia SU-098 de 2018 tuvo su origen en la revisión que hizo la Corte Constitucional de una sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado que revocó la decisión que, en primera instancia, había proferido la Sección Cuarta de la misma corporación. Es importante anotar, que el Ministerio de Educación Nacional no hizo parte, en ninguna de las instancias, de la parte pasiva de las acciones constitucionales revisadas por la Corte

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Constitucional, como tampoco fue integrada al trámite de la sentencia de unificación que se está referenciando. La parte accionada estuvo conformada por el municipio de Santiago de Cali, quien no había realizado la afiliación del docente al FOMAG, y de contera, no había trasladado los periodos correspondientes a las cesantías en las que el docente no estuvo afiliado al fondo.

La Corte Constitucional ordenó a la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta las consideraciones referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, esto es, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990. En cumplimiento de la anterior decisión, la Sección Segunda del Consejo de Estado emitió sentencia del 24 de enero de 2019, en la cual dio cumplimiento a la Sentencia SU-098 de 2018 y en su lugar condenó, a título de restablecimiento del derecho, a que el municipio de Santiago de Cali realizara el reconocimiento y pago de la sanción moratoria "prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero de 2007 hasta el 1 de octubre del mismo año". Valga aclarar, que el origen de la sanción moratoria devenía para este caso concreto del hecho de que el municipio de Cali no realizó la afiliación del docente al FOMAG y, por ende, tampoco realizó la consecuencia consignación de las cesantías.

Las circunstancias fácticas relacionadas con el caso que desató la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018 no corresponden a las mismas en las que se fundan las pretensiones de la demandada, ya que, en este caso concreto, no se cuestiona una afiliación inoportuna al FOMAG que haya devenido en el retardo de la consignación de las cesantías. En este caso puntual, la demandante reclama la consignación extemporánea de sus cesantías en los plazos establecidos en la Ley 50 de 1990 e indemnización por pago inoportuno de los intereses, frente a lo cual, como se ha venido señalando, es imposible que se cause una demora respecto de un hecho que la administración no puede ejecutar en el régimen especial de los docentes, ya que resulta imposible realizar una consignación ante la ausencia de cuentas individuales por cada afiliado.

Bajo este panorama, la Corte Constitucional en la sentencia analizada cita el contenido de la Sentencia C-298 de 2006, advirtiendo que "**la existencia de regímenes especiales no puede considerarse discriminatorio *per se* sin analizar previamente las particularidades de cada caso concreto**". En este caso, se probará que al caso de la demandante no le son extensibles los efectos de la sentencia de unificación (SU-098 de 2018) de la Corte Constitucional.

Con base a los elementos ampliamente analizados, principalmente lo relativo a la imposibilidad física y jurídica de efectuar consignaciones de cesantías en cuentas individuales de los docentes del FOMAG, procedemos a abordar los problemas jurídicos planteados en la demanda, con la intención

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de que, muy respetuosamente, el operador judicial de esta causa los considere dentro de su decisión.

- ¿Se configuran, en el caso concreto del demandante, los presupuestos necesarios para el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata la Ley 50 de 1990 y el pago de indemnización por pago tardío de intereses a las cesantías?

No se configuran, en el caso del demandante, los presupuestos indicados en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para que se configure la sanción moratoria de que trata la ley.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la sanción por mora por la no consignación o consignación extemporánea de las cesantías (establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990) está atada a un hecho concreto, esto es, el acto de la "consignación de las cesantías". Como quiera que en el esquema establecido por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 3752 de 2003 aplicable a los docentes del FOMAG no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales, luego entonces no hay consignación, por tanto, no puede configurarse sanción moratoria respecto de un hecho que materialmente no puede darse. El símil a aplicarse, para el caso de los docentes, es el cálculo, liquidación y apropiación de los recursos que garantizan el pago de las cesantías e intereses a las cesantías, el cual se realiza cada año conforme a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

- ¿Cómo se garantiza el principio de inescindibilidad de la norma en el régimen especial de las cesantías de los docentes?

Atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2018, encontramos que para garantizar el principio de inescindibilidad de la norma se deben atender, en su integridad, las normas que gobiernan, en este caso, el régimen especial de los docentes del FOMAG. Al aplicar esas normas, encontramos este sistema no contempla cuentas individuales para cada docente, luego entonces no se da el hecho o acto de la consignación de las cesantías, con lo cual, no es posible extender una sanción que exclusivamente está contemplada para los casos de omisión o consignación tardía de las cesantías.

## IV. EXCEPCIONES

Acorde con la argumentación que muy respetuosamente se presentó al señor(a) juez(a) en precedencia, se procede, en los términos establecidos la Ley 1437 de 2011, artículo 175, numeral 3, y el parágrafo 2 ibídem, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, el cual señala que las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, se procede a formular las siguientes excepciones previas.

1) **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales**:

Examinada la demanda presentada ante su despacho, se observa que desde la referencia se anuncia que el medio de control incoado es el de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo. Es así como la demanda trae como referencia lo siguiente:

"**REFERENCIA**: Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – de Carácter Laboral – INDEMNIZACIÓN LEY 50/1990." (subrayado fuera del texto original)."

Por su parte, las pretensiones especifican, sin asomo de duda, el objeto de la acción judicial, lo cual textualmente se plasmó en los siguientes términos:

"1. Declarar la nulidad de un **acto identificado con NOM 650 12/10/2021**, …" (subrayado, negrillas fuera del texto original).

Es claro entonces que el demandante persigue que el juez(a) de la presente causa declare la nulidad de un **acto identificado con NOM 650 12/10/2021** para el reconocimiento indemnizatorio presentada el día **29 de septiembre de 2021** ante el **Departamento de Caldas – Secretaria de educación Departamental**.

Ahora bien, de acuerdo con las gestiones adelantadas por este ministerio para estructurar la presente contestación, se tiene que el ente territorial acusado y la Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, dieron contestación a las comunicaciones remitidas por parte del apoderado de la parte activa, así:

- Mediante oficio No. 20210173164781 de 11-10-2021, Fiduprevisora S.A. dio respuesta a la solicitud de indemnización moratoria por la no consignación en término de las cesantías correspondientes al año 2020 e indemnización con consignación inoportuna de los intereses a las cesantías por el mismo periodo.

Lo anterior, da cuenta de la inexistencia del acto administrativo ficto o presunto demandado en el presente proceso, si se tiene en cuenta que por voluntad expresa del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el silencio administrativo se configura cuando "*Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que es negativa*".

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en pronunciamientos como la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011, proferida en el marco del radicado No. 50001-23-31-000-2005-40528-01 (0097-10), con extremada precisión aclara las consecuencias para aquellas acciones judiciales en las que se desvirtúa la ausencia de respuesta por parte de la administración, la cual no es otra que la declaratoria de ineptitud de la demanda, como a continuación se transcribe.

"En primer lugar, se advierte que el acto ficto demandado es inexistente, toda vez, que dicho fenómeno procedimental se configura al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A., cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la Administración no ha notificado decisión alguna al respecto. En el caso objeto de análisis, la Entidad demandada

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mediante Oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.

**Por consiguiente, se configura una ineptitud sustancial de la demanda.**" (negrillas fuera del texto original).

En el presente asunto, se configuran entonces todos los elementos para predicar que nos vemos frente a la ineptitud sustancial de la demanda. No obstante, advierte este ministerio que, en caso de que el juez(a) lo considere pertinente, se ordene la práctica de pruebas respectivas, lo cual se solicitará en el respectivo acápite de pruebas.

**2) 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:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"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".

- Tal como consta en los comprobantes aportados por la parte demandante, los intereses de cesantías del demandante correspondientes al año 2020 fueron pagadas en el mes de marzo de 2020, cumpliendo así lo dispuesto en el Acuerdo No. 39 de 1998, artículo 4, expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, el cual continúa teniendo plena vigencia hasta tanto la jurisdicción competente decida lo contrario.

- Las cesantías del demandante, 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 de 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 líbelo, 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 inadmisible 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.

## V. CONDENA EN COSTAS

Respecto de las pretensiones del demandante, se resalta que el Ministerio de Educación Nacional ha atendido más de 45.000 solicitudes de conciliación extrajudicial en donde, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, se pretende la indemnización que nos trae a esta demanda y de la que ampliamente se ha expuesto su improcedencia. Por tanto, con fundamento en lo establecido

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

en el artículo 188, adicionado por el artículo 47, inciso 2, de la Ley 2080 de 2021, el cual señala "En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas **cuando se establezca que se presentó la demandan con manifiesta carencia de fundamento legal**" (negrillas fuera del texto original), se solicita respetuosamente que se condene en costas a la parte demandante y a favor de los demandados.

## VI. PRUEBAS

Pruebas documentales:

Se adjuntan como pruebas documentales las siguientes:

- Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual Fiduprevisora S.A. dio los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020.
- Oficio No. 20210173164781 de 11-10-2021, mediante el cual Fiduprevisora S.A. dio respuesta a la solicitud de indemnización moratoria por la no consignación en término de las cesantías correspondientes al año 2020 e indemnización con consignación inoportuna de los intereses a las cesantías por el mismo periodo.
- Auto admisorio de la demanda de nulidad simple por inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4 del Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.
- Certificado de NO tenencia de antecedentes administrativos.

Muy respetuosamente se solicita al señor juez se sirva decretar las siguientes pruebas documentales:

- Requerir a la **Departamento de Caldas – Secretaria de educación Departamental** a efectos de que aporte las pruebas documentales que permitan evidenciar el trámite realizado respecto de la solicitud radicada por la demandante.

## VII. NOTIFICACIONES

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

Del señor(a) Juez,

Cordialmente,

_____

**YEISON LEONARDO GARZÓN GÓMEZ.**
C.C. No. 80.912.758 de Bogotá D.C.
T.P. No. 218.185 de C. S. J.

Elaboró Yeison Garzón.
Aprobó Camila Petro.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA