



13001-33-33-001-2024-00117-00 Demandante: Yaneth Suaza Calderón

Desde Leonardo mendoza cohen <lmendozacohen@gmail.com>

Fecha Jue 21/11/2024 16:41

Para Juzgado 01 Administrativo - Bolívar - Cartagena <admin01cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Gustavo Adolfo Amaya Zamudio <notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co>; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co <procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co>; alcaldia@turbana-bolivar.gov.co <alcaldia@turbana-bolivar.gov.co>; cpmantilla@procuraduria.gov.co <cpmantilla@procuraduria.gov.co>

 1 archivo adjunto (308 KB)

CONTESTACION - Yaneth Suaza Calderón.pdf;

Cartagena de Indias, noviembre de 2024

Señores

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado: 13001-33-33-001-2024-00117-00

Demandante: Yaneth Suaza Calderón

Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG-Departamento de Bolívar-Fiduprevisora S.A.-Municipio de Turbana-Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

LEONARDO MENDOZA COHEN, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado judicial de la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, según poder que me viene conferido por el JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA de la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, documentos que allego con el presente escrito. Con el debido respeto procedo a dar contestación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, lo cual hago en los siguientes términos:

TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia fue notificada electrónicamente a la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR-DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, el día 2 de octubre de 2024, por lo que la contestación es presentada dentro del término legal, es decir por el término de treinta (30) días, el cual comenzará a contarse después de transcurridos los dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje que notifique personalmente el presente asunto, conforme el inciso 4 del artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

Cartagena de Indias, noviembre de 2024

Señores

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado: 13001-33-33-001-2024-00117-00

Demandante: Yaneth Suaza Calderón

Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG-Departamento de Bolívar-Fiduprevisora S.A.-Municipio de Turbana-Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

LEONARDO MENDOZA COHEN, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado judicial de la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, según poder que me viene conferido por el JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA de la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, documentos que allego con el presente escrito. Con el debido respeto procedo a dar contestación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, lo cual hago en los siguientes términos:

TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia fue notificada electrónicamente a la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR-DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR , el día 2 de octubre de 2024, por lo que la contestación es presentada dentro del término legal, es decir por el término de treinta (30) días, el cual comenzará a contarse después de transcurridos los dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje que notifique personalmente el presente asunto, conforme el inciso 4 del artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO DE LOS HECHOS

1. No es un hecho jurídicamente relevante
2. Es cierto tal como consta, en los anexos de la demanda
3. No es un hecho jurídicamente relevante
4. Es cierto, tal como consta en los anexos de la demanda
5. Es cierto, tal como consta en los anexos de la demanda, empero no es un hecho jurídicamente relevante.
6. Es cierto, tal como consta en los anexos de la demanda, empero no es un hecho jurídicamente relevante.
7. Es cierto, tal como consta en los anexos de la demanda, empero no es un hecho jurídicamente relevante.
8. Es cierto, tal como consta en los anexos de la demanda, empero no es un hecho jurídicamente relevante.

9. Es cierto tal como consta en los anexos de la demanda
10. No nos consta, nos atenemos a lo que se demuestre dentro del proceso la sumatoria y los periodos requieren verificación frente a los registros oficiales.
11. No nos consta, nos atenemos a lo que se demuestre dentro del proceso, aunque la continuidad laboral desde 2006 puede ser válida, no se aporta prueba directa de que esa continuidad sea "ininterrumpida" hasta la fecha actual.
12. Nos atenemos a lo que se demuestre dentro del proceso
13. No es un hecho, sino interpretación subjetiva de la parte demandante
14. Nos atenemos a lo que se demuestre dentro del proceso
15. No es un hecho, la afirmación de que reúne los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión es una interpretación subjetiva, sujeta a análisis jurídico y probatorio.
16. No es un hecho, la configuración de un acto administrativo ficto por silencio administrativo es también una interpretación subjetiva, ya que depende de si se cumple lo dispuesto en el artículo 83 del CPACA y si se agotaron todos los requisitos legales.
17. No nos consta, nos atenemos a lo que se demuestre dentro del proceso
18. No es un hecho, la afirmación de imprescriptibilidad en el caso de las prestaciones periódicas es una interpretación jurídica que, aunque basada en el artículo 164 del CPACA, debe ser valorada en función de las circunstancias del caso.
19. No es un hecho, es una interpretación jurídica de la parte actora.

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones tanto a las declarativas, así como las relacionadas con la nulidad del acto administrativo acusado, puesto que no existe fundamento legal que, de conformidad a su forma y contenido, desvirtúe la presunción de legalidad que los reviste.

Así como también me opongo a todas las pretensiones relacionadas con el restablecimiento del derecho, en razón de que no le asiste derecho alguno a la parte demandante, teniendo en cuenta que sus intereses de cesantías parciales fueron canceladas en la oportunidad legal establecida.

Adicionalmente, no existe razón jurídica ni fáctica, consistente en que las cesantías de la demandante deberían ser consignadas en el FOMAG en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero de cada anualidad siguiente.

No obstante, se aclara que los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el Sistema General de Participación 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.

Tratándose de las cesantías de los docentes el artículo 3 del Acuerdo 39 de 1998, resaltó que las cesantías anuales serían reportadas por cada entidad territorial a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio y aprobados por el Ministerio de Educación los 20 primeros días de enero de cada año y la entidad encargada de administrar los recursos del FOMAG para su liquidación, programación y pago de los intereses de cesantías respectivos.

En efecto, 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.

Por tanto, el no pago oportuno de las cesantías definitivas a parciales solicitadas por los docentes en los tiempos establecidos 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.

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, si no 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.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 122 de la Constitución Política de 1991 que consagra que: *“no haya empleo sin funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y **previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente**”.*

En efecto, **los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale**, en ese sentido, no es procedente aplicar el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles aduciendo el principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda ya que como se puede concluir la sanción mora por la no consignación de cesantías establecida en la Ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el

requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normatividad y no son población objeto de dicha regulación.

Además, el Departamento de Bolívar- GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR no es la entidad encargada, ni legitimada por pasiva para reconocer, liquidar y pagar las cesantías definitivas, ni intereses, **ni sanción moratoria**, ni cualquier otra prestación social u emolumento que reclama el demandante relacionadas con la sanción moratoria, en razón que por mandato legal dicha obligación compete al FOMAG a través de la fiduciaria que administra sus recursos, es decir, se encuentra configurada la legitimación en la causa por pasiva de la entidad frente a la casusa pretendi de la demandante frente a la sanción moratoria.

Siendo además improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, tal como lo ha venido decantando el consejo de Estado en su sentencia de unificación y la Corte Constitucional en sentencia SU-041 del 2020 y demás jurisprudencia constitucional concordante.

Adicionalmente, me opongo a la condena en costas y agencias en derecho, debido a que no están llamadas a prosperar.

EXCEPCIONES PROPUESTAS

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Dentro del presente caso, consideramos que el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, no es el sujeto llamado a responder por las pretensiones de la demanda, toda vez que es al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al mismo y un retraso como el que el actor alega es endilgable únicamente a esta entidad.

Resulta oportuno precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con autonomía patrimonial, contable y estadística y facultada para asistir las obligaciones que se generen en razón de las prestaciones sociales de los docentes, de conformidad con la Ley 91 de 1989, y normas concordantes.

Es entonces la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la FIDUCIARIA respectiva las entidades que deben comparecer al proceso, por ser la encargada de autorizar a ésta (Secretaria de Educación Distrital de Cartagena) para girar los dineros encaminados a respaldar las obligaciones prestacionales que el Fondo tiene con los diferentes destinatarios, conforme a lo dispuesto en el artículo 9o de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, es **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, quienes tienen la legitimación en la causa por pasiva para representar al

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por tener a su cargo el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

Es pertinente señalar que el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

En el expediente del asunto, en caso de haber existido mora, la misma no es responsabilidad de esta accionada, toda vez que la misma realizó todas las actuaciones respectivas dentro de los términos dispuestos para ello, por tal razón consideramos se presenta la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor del Departamento de bolívar- Gobernación de bolívar..

2. EXCEPCIONES INNOMINADAS

Solicito se declare cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con el art. 306 del CPACA.

FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS DE LA DEFENSA

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por la ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos son manejados por una entidad Fiduciaria, la cual tiene como finalidad primordial la eficaz administración de los recursos de la cuenta especial de la Nación.

De acuerdo a lo establecido en el art. 3 de la ley 91 de 1989, y el art. 56 de la ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagara el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuado a través de la Secretaria de Educación de las entidades territoriales certificadas o la dependencia que haga sus veces.

Lo anterior permite concluir, que la Secretaria de Educación Distrital es un simple operador administrativo, y que el Distrito de Cartagena – Secretaria de Educación, no han violado derecho alguno, vista que los actos acusados gozan de legalidad normativa.

En tal sentido me permito citar sentencia del Consejo de Estado de la Sala de la Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B del 14 de febrero de 2013, M.P. Gerardo Arenas Monsalve Rad.25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-2012) Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS AUTORIDADES NACIONALES, en la cual se resolvió la excepción de falta de legitimación por pasiva presentada por el Ministerio de Educación Nacional, en un caso similar.

En el recurso de apelación contra la sentencia el Ministerio de Educación alego *“de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 y decretos reglamentarios es la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. y, eventualmente, la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quienes debieron ser vinculados al presente proceso con el fin de que respondieran por la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida a la demandante en su condición de docente oficial.*

Precisó que, es la autoridad que expide los actos acusados quien debe concurrir al proceso para defender la legalidad de los mismos o, en su defecto, hacer efectivo el restablecimiento del derecho de la demandante, en el caso de que, como lo determinó el Tribunal, tenga derecho a la reliquidación de la pensión que viene percibiendo”.

Bajo los anteriores supuestos, el Ministerio de Educación Nacional, solicitaba que se revocara la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y por consiguiente se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a ella y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el propósito que la secretaria de Educación territorial asumiera el pago de lo pretendido en la demanda.

El Consejo de Estado resolvió, *“no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente petionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.*

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y entrar al fondo del presente asunto, bajo las siguientes consideraciones.”

En lo que respecta a la primera solicitud se indicó que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272

del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras. Al respecto indica el artículo 15 numeral tercero de la ley 91 de 1989:

“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:

1. 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...”

Bajo esta premisa, el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para el personal docente en el cual las Prestaciones Económicas, y para el caso particular las cesantías, parciales y/o definitivas según sea el caso, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre adscrito el educador, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la ley 1955 de 2019.

Así las cosas, el proceso que se debe surtir para el reconocimiento y pago de las cesantías es el siguiente:

- El trámite inicia a petición de la parte interesada - docente - y ante la respectiva Secretaría de Educación en calidad de ente nominador.
- La Secretaría de Educación una vez recepcionada la solicitud, debe remitir a la FIDUPREVISORA con todos los requisitos establecidos para dicho trámite, el acto administrativo de reconocimiento de la prestación debidamente notificado al educador.
- La Entidad Fiduciaria, quien es la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG - para el pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, realizará dentro del término legal el pago de la prestación liquidada y reconocida por la Secretaría de Educación.

De esta forma, las cesantías se reconocen y pagan a partir de solicitud expresa y formal por parte del docente, radicada en la respectiva Secretaría de Educación a la que se encuentra vinculado.

Igualmente y en concordancia con la naturaleza diferenciada del régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FOMAG cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, se observa que en caso tal de establecer responsabilidad alguna dentro del caso en cuestión, la misma no es atinente al departamento de Bolívar- Gobernación de bolívar, dado que la responsabilidad de dicha entidad dentro del proceso particular fue llevada a cabo en debida forma y en los términos para ello, por lo tanto en caso de existir mora alguna para el caso particular la misma únicamente corresponde al FOMAG, entidad la cual recibió el acto administrativo de reconocimiento debidamente notificado en los términos, pero según lo señalado por el actor se excedió en los términos.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SU 012, proferida el 28 de julio de 2018, estableció respecto de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes afiliados al Magisterio, lo siguiente:

“...PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, 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 mora en el pago de las cesantías...”

En lo que respecta al reconocimiento y pago de sanción por mora se ha indicado, tal lo mencionado en el punto anterior sobre el régimen excepcional docente, complementando que los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, norma reguladora del régimen excepcional docente.

Como se indicó en el punto anterior, el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, contempla el reconocimiento y pago para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente y sin ninguna retroactividad, respecto a las cesantías generadas a partir de 1990.

A su vez, y desarrollando lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el artículo cuarto del Acuerdo 39 de 1998 establece: “... **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 de Fondo a más tardar el cinco (05) 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 periodo comprendido entre el 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año.** En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Como complemento de lo anterior, es preciso indicar que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares.

Adicionalmente a lo anterior, es pertinente mencionar que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019 radicado 76001233100020090086701 no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a su solicitud.

Finalmente, Para dar claridad al procedimiento del flujo de recursos, es necesario precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el Fomag durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las secretarías de educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al Fomag por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar nuevamente que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión frente a la situación que actualmente se plantea, se observa que al departamento de Bolívar- Gobernación de Bolívar , no le corresponde responsabilidad alguna frente a lo requerido por el actor, considerando que la accionada actuó bajo el marco de lo establecido legalmente para la situación particular.

El trámite de la cesantía parcial del docente se cumplió conforme lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019:

"ARTICULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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. "

Atendiendo los términos dispuestos por la norma, se observa que, El término para el envío de la resolución en cuestión es de 25 días hábiles los cuales comprenden los 15 días inicialmente otorgados para la expedición del acto y los 10 días de ejecutoria del acto administrativo, el cual de conformidad con las pruebas adjuntas fue remitido al día siguiente de haberse realizado la notificación personal, encontrándose el Departamento de Bolívar-Gobernación de Bolívar en todo caso dentro del término establecido para la remisión, luego de dicho término el Fondo de Prestaciones del Magisterio tiene el término de 45 días para la realización del pago aprobado o para proceder con la negociación respectiva, con lo cual la sumatoria de todos los términos anteriormente computados da el total señalado por el actor de 70 días hábiles.

En el expediente del asunto, en caso de haber existido mora, la misma no es responsabilidad de esta accionada, toda vez que la misma realizó todas las actuaciones respectivas dentro de los términos dispuestos para ello, por tal razón consideramos se presenta la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor del Departamento de Bolívar- Gobernación de Bolívar. .

FUNDAMENTOS DE DERECHOS

Invoco como fundamento de derecho lo siguiente

- Ley 71 de 1968, ley 33 de 1985, Decreto 1848 de 1969, ley 91 de 1968, ley 1437 de 2011 art. 161 - 172 -199.

- Sentencia del Consejo de Estado de la Sala de la Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B del 14 de febrero de 2013, M.P. Gerardo Arenas Monsalve Rad. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-2012) Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS AUTORIDADES NACIONALES.
- Sentencia No. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-2012) de fecha catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013), Magistrado Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

Demás normas concordantes en la materia.

NOTIFICACIONES

Al Gobernador del Departamento de Bolívar- Gobernación de Bolivar, Cra. 25 #2875 #28- a, Manga, Cartagena de Indias

al suscrito a través del correo electrónico lmendozacohen@gmail.com dirección electrónica debidamente registrada para tales menesteres.

Atentamente,

LEONARDO MENDOZA COHEN

C.C. No. 73.211.477 de Cartagena

T.P. No. 169.356 del C.S.J.