Tunja, siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

|  |  |
| --- | --- |
| **DEMANDANTE:** | CARLOS JULIO GIL SIERRA |
| **DEMANDADO:** | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO |
| **RADICACIÓN:** | 15001-33-33-009-**2018**-**00099**-01 |
| **REFERENCIA:** | EJECUTIVO |
| **ASUNTO:** | APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECRETA MEDIDA CAUTELAR – INDEPENDENCIA PATRIMONIAL DEL FOMAG |

Decide el despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra la decisión relativa a decretar la medida cautelar de embargo pedida por la parte ejecutante, la cual fue adoptada mediante auto proferido el 27 de noviembre de 2020 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

# ANTECEDENTES

Mediante memorial radicado el 9 de octubre de 2020, la parte ejecutante solicitó que se decretara el embargo de los recursos que el FOMAG (administrado por la Fiduprevisora S.A.) tuviera depositados en las siguientes cuentas del banco BBVA: 310-000161 (DTN – Fondos Especiales Educación Superior), 310-002571 (contribución parafiscal Ley 21), 310-001763 (DTN – gastos generales) y 310-002563 (Ley 21)[[1]](#footnote-1).

Esta petición fue resuelta a través del auto apelado.

# RECURSO DE APELACIÓN

## Auto recurrido[[2]](#footnote-2)

Se trata del auto del 27 de noviembre de 2020, por medio del cual el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja decretó la medida cautelar de embargo pedida por la parte ejecutante, bajo los siguientes argumentos:

Sostuvo que el título base de recaudo corresponde a una sentencia judicial que ordena reliquidar una pensión de jubilación, motivo por el cual se enmarca en una de las excepciones al principio de inembargabilidad que ha decantado la jurisprudencia.

Indicó que por esa razón era procedente la medida cautelar de embargo y secuestro sobre las cuentas relacionadas por el ejecutante.

Limitó el monto del embargo a $6.079.017, equivalente al valor pendiente de pago aumentado en un 50 %, de conformidad con el artículo 599 del CGP.

## Fundamentos del recurso[[3]](#footnote-3)

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la parte ejecutada interpuso recurso de apelación, con los siguientes razonamientos:

Aseguró que el FOMAG es una cuenta especial de la Nación creada en virtud de la Ley 91 de 1989, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística.

Afirmó que los recursos que reposan en las cuentas bancarias a nombre de la entidad ejecutada tienen destinación específica y corresponden al pago de la contribución de la Ley 21 de 1982, dirigida a financiar el Plan Nacional de Infraestructura Educativa (PNIE). Por ende, *“estos dineros no hacen parte de los recursos con los cuales se pagan las prestaciones sociales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, en consecuencia no pueden ser utilizados ni ejecutados para otros fines”*.

Citó los artículos 597-11 y 594-1 del CGP para afirmar que los dineros sobre los cuales recayó la cautela son inembargables por hacer parte del Presupuesto General de la Nación y recalcó este argumento con la transcripción del artículo 63 de la Constitución y de un aparte de la sentencia C-1154 de 2008, proferida por la Corte Constitucional.

Manifestó que *“*[t]*ales recursos* [los del FOMAG] *tienen destinación específica, dentro de cuyos objetivos está el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, su manejo fue previsto por la citada ley a través de contrato de fiducia, que impone la creación de un patrimonio autónomo por efecto del mismo por efecto del mismo, según lo dispone el artículo 1233 del código de comercio y además de acuerdo a la finalidad contemplada en el acto que lo constituye, lo cual imprime la característica de ser inembargable”*.

Sostuvo que los recursos constitutivos del patrimonio autónomo provienen, entre otros, de la Nación, aportes fiscales y parafiscales que componen el Presupuesto General de la Nación y, por esa razón, gozan de protección e inembargabilidad.

Esgrimió que las sentencias judiciales *“deben cancelarse teniendo en cuenta el presupuesto dado por el Ministerio de Hacienda y según el turno de beneficiarios en el que se encuentra”*, y añadió que actualmente la entidad adelantaba acciones para pagar este tipo de acreencias con mayor celeridad.

## Oposición de la contraparte[[4]](#footnote-4)

El apoderado de la parte ejecutante descorrió el traslado del recurso y afirmó que la sentencia C-1154 de 2008, dictada por la Corte Constitucional, estableció excepciones a la inembargabilidad de los recursos públicos, como cuando se trata del cobro de créditos emanados de sentencias judiciales que contienen una obligación clara, expresa y exigible.

Alegó que los intereses moratorios reclamados en el presente proceso surgen de obligaciones laborales y contenidas en el fallo judicial que constituye título ejecutivo, así que también se enmarcan en la primera excepción que contempla la jurisprudencia.

Refirió que *“*[s]*i los recursos de la NACION* (sic) *MINISTERIO DE EDUCACION* (sic) *NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), son de carácter inembargable, seria* (sic) *improcedente e innecesario, presentar demanda ejecutiva para el pago de las obligaciones emanadas de las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el único medio para dicho pago es pretender el embargo de dineros que reposan en las cuentas de la UGPP* (sic)*”*.

# CONSIDERACIONES

## Procedencia y oportunidad del recurso de apelación y competencia para resolverlo

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto de unificación proferido el 29 de enero de 2020, estableció lo siguiente:

“(…) la lectura conjunta de las normas referidas -artículos 125, 229 y siguientes, 243 y 299 del CPACA- conduce a la Sala a concluir lo siguiente, en lo relativo a los **procesos ejecutivos cuyo título de recaudo sea una sentencia proferida o una conciliación aprobada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**:

1. **El auto que decreta una medida cautelar debe ser proferido por el magistrado ponente en el caso de los jueces colegiados, de conformidad con los artículos 229 y siguientes del CPACA, y es apelable según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 243 del CPACA.**
2. El auto que niega una medida cautelar es de competencia del magistrado ponente -como lo profirió el juzgador de primera instancia en la decisión impugnada- y no es apelable, toda vez que no se encuentra enlistado en los autos susceptibles de ese recurso en el CPACA. (…)”[[5]](#footnote-5) (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Entonces, la apelación en este caso es procedente porque busca cuestionar la providencia a través de la cual se decretó una medida cautelar y el título de recaudo es una sentencia dictada por esta jurisdicción. Asimismo, la competencia para resolver el recurso es del ponente en todo caso, siguiendo la lógica de la regla sentada por el alto tribunal.

Por otra parte, la decisión cuestionada fue notificada por estado el 30 de noviembre de 2020 y el recurso bajo estudio fue interpuesto y sustentado el 1.º de diciembre de la misma anualidad[[6]](#footnote-6), esto es, dentro de su término de ejecutoria, conforme a lo preceptuado en el numeral 2.º del artículo 322 numeral 1.º inciso 2.º del CGP[[7]](#footnote-7).

Se precisa que la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, mediante la cual se reformó el CPACA, no es la norma procesal aplicable al trámite y resolución del presente recurso de apelación, debido a la regla de transición prevista en el inciso final de su artículo 86[[8]](#footnote-8).

## Análisis del despacho

Los cargos de la apelación se refieren a que los recursos embargados pertenecen al Ministerio de Educación (no propiamente al FOMAG) y cuentan con una destinación específica, relacionada con el Plan Nacional de Infraestructura Educativa (PNIE), debido a que provienen de la contribución prevista en la Ley 21 de 1982 (no se emplean para el pago de las prestaciones sociales de los docentes). Igualmente, la entidad alega que los recursos son inembargables ya sea por la destinación en mención, su incorporación al Presupuesto General de la Nación o las condiciones del contrato de fiducia a partir del cual se administra el patrimonio autónomo.

Al respecto, el artículo 3.º de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– de la siguiente forma:

“(…) **ARTÍCULO 3º.** Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una **cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personaría jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital**. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministerio de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad. (…)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este orden de ideas, el FOMAG es una cuenta especial sin personería jurídica, pero con **independencia patrimonial**, que tiene dentro de sus funciones *“*[e]*fectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado”* (art. 5-1). Incluso, la norma recalca que *“*[e]*n ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente”* (art. 8.º par.).

Por ende, aun cuando la persona jurídica que tiene capacidad para ser parte en estos litigios es la Nación y comparece al proceso a través del Ministro de Educación (art. 159 CPACA), lo cierto es que el legislador reguló de forma especial y particular el manejo presupuestal de los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales, diferenciándolos de los demás que administra la entidad.

Una muestra de esta autonomía consiste en que el presupuesto del fondo es aprobado y puede ser modificado solo por su Consejo Directivo (art. 2.4.4.2.3.1.1 num. 1.º DUR. 1075/2015), el cual está integrado por los Ministros de Educación (o el viceministro), Hacienda y Trabajo, así como dos representantes del magisterio y el gerente de la entidad fiduciaria (art. 6.º L. 91/1989), no solo por el primero de los mencionados.

En criterio del despacho, esta regulación debe tener efectos prácticos de cara al proceso ejecutivo. Si los dineros con los que se pagan las prestaciones sociales de los educadores son independientes a los dirigidos al financiamiento de otros gastos e inversiones del sector educación y con ese fin se creó un patrimonio autónomo administrado a través de un contrato de fiducia mercantil, no puede asumirse que esta distinción solo es aplicable para los desembolsos que deben llevarse a cabo por vía administrativa y no por los que se derivan de la acción ejecutiva.

Entonces, así como los recursos del FOMAG no pueden emplearse para el pago de otros compromisos contraídos por el Ministerio de Educación, tampoco los recursos del presupuesto general de esta cartera pueden destinarse para satisfacer obligaciones propias del fondo, como el pago de prestaciones a favor de docentes.

En otras palabras, el hecho consistente en que el Ministerio de Educación sea el centro de imputación por pasiva de las demandas relativas al pago de prestaciones a cargo del FOMAG (fondo–cuenta sin personería jurídica) no desdibuja la independencia patrimonial que este último ostenta por ley ni hace que sus presupuestos se confundan para efectos de la satisfacción de las acreencias reclamadas. La comparecencia al proceso es un asunto procesal que no modifica las normas presupuestales ni puede entenderse en menoscabo de la independencia de los recursos dispuestos para el pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales y su teleología.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este caso el ejecutante pidió el embargo de 4 cuentas, frente a las cuales el juez no indagó en su titularidad ni en la destinación de los recursos depositados en ellas. La entidad ejecutada informó que los dineros objeto de la cautela están destinados al Plan Nacional de Infraestructura Educativa, lo que significa que no corresponden al FOMAG, según se infiere de lo previsto en el artículo 143 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010–2014 (L. 1450/2011)[[9]](#footnote-9).

Asimismo, la entidad señaló lo que sigue:

“(…) Por otra parte, en lo que respecta a los recursos para el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -en adelante **FOMAG-,** se informa que el **FOMAG,** como patrimonio autónomo sin personería jurídica y en virtud de lo dispuesto en el contrato de Fiducia mercantil No. 0083 del 21 de junio de 1990, obra a través de la sociedad fiduciaria denominada **Fiduprevisora S.A** (sic)**,** quien tiene su vocería y administración. Por lo anterior, es la Fiduciaria quien, como gestor profesional, se encarga de pagar con los recursos del fondo, las prestaciones reconocidas por los empleadores de los docentes afiliados al magisterio, así como las sentencias judiciales que se fallen en contra del mencionado Fondo. Dicha entidad administra los recursos a través de las cuentas **311-00222 -4 y 309- 01291-2** del Banco BBVA a nombre del Patrimonio Autónomo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Fomag.

Por lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el mencionado contrato y de conformidad con lo estipulado en el Decreto 1075 de 2015, esta cartera ministerial no tiene injerencia alguna en los asuntos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual se advierte desde ahora que los asuntos referidos al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al **FOMAG,** deben ser dirigidos a la **Fiduprevisora S.A.** (…)”[[10]](#footnote-10) (Resaltado del texto original)

Pese a que el despacho no comparte el criterio según el cual *“los asuntos referidos al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, deben ser dirigidos a la Fiduprevisora S.A.”*, precisamente por la falta de personería jurídica del fondo, que hace que –como se dijo– su representación judicial deba ser ejercida por el Ministerio de Educación, sí considera válido el argumento alusivo a que la administración de los recursos para el pago de prestaciones sociales a favor de los educadores oficiales es autónoma. Del mismo modo, la entidad señaló las cuentas bancarias abiertas a nombre del FOMAG, sin que coincidan con las que fueron cobijadas por la medida cautelar.

Incluso, los recursos depositados en la cuenta 310-000161 (DTN – Fondos Especiales Educación Superior) pueden corresponder al Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia, que es *“una cuenta especial sin personería jurídica y con destinación específica, manejada por el Ministerio de Educación Nacional, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística con fines de interés público y asistencia social para recaudar y administrar los recursos provenientes de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”* (art. 10 L. 1697/2013). Es decir, el embargo posiblemente cubrió un fondo–cuenta que ostenta independencia patrimonial respecto del presupuesto del Ministerio de Educación y del FOMAG.

Por lo tanto, el despacho concluye que la orden de embargo recayó sobre cuentas que no pertenecen al FOMAG. Es más, su redacción refleja una contradicción entre el patrimonio que se pretende embargar (el del FOMAG, administrado por la Fiduprevisora S.A.) y la titularidad de las cuentas comprendidas en la cautela (del Ministerio de Educación):

“(…) Segundo. - Decretar el EMBARGO Y RETENCIÓN **de los dineros que posea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- identificado con NIT. 860525148-5 y que son administrados por la Fiduprevisora S.A identificada con NIT 830.053.105-3 en la entidad financiera BANCO BBVA, específicamente en las cuentas corrientes: (i) No. 310-000161 –DNT Fondos Especiales Educación Superior-; (ii) No. 310-002571 –Contribución Parafiscal Ley 21-; (iii) No. 310-001763 –DTN Gastos Generales-; (iv) 310-002563 –Ley 21-,** que no correspondan (i) al rubro destinado para el pago de sentencias y conciliaciones ni los del Fondo de Contingencias (ii) ni del Sistema General de Participaciones, ni (iii) del Sistema General de Regalías, como se señaló en precedencia. (…)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En consecuencia, el auto apelado se revocará.

Finalmente, para evitar confusiones respecto de las razones de la presente decisión, el despacho aclara que esta providencia no afirma el carácter absolutamente inembargable de los recursos del FOMAG. Este aspecto sigue las reglas jurisprudenciales referentes a las excepciones al principio inembargabilidad de los recursos públicos, que han sido reiteradas en múltiples ocasiones tanto por las altas cortes como por esta Corporación[[11]](#footnote-11).

El motivo de la revocatoria del auto apelado no es ese, sino que el titular de las cuentas embargadas no es el FOMAG, que debe atender sus deudas con su propio patrimonio, el cual es independiente al del Ministerio de Educación pese a su falta de personería jurídica.

En mérito de lo expuesto, el despacho

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** elauto de fecha 27 de noviembre de 2020, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, a través del cual se decretó la medida cautelar de embargo pedida por la parte ejecutante, por las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese inmediatamente esta decisión al juzgado de primera instancia, de acuerdo con lo señalado en el artículo 326 del CGP.

**TERCERO:** Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, esto es, por medio de **anotación en el estado electrónico y envío de mensaje de datos al canal digital de la parte ejecutante y su apoderado**.

**CUARTO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al despacho de origen, para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

1. Archivo 13 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo 5 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-2)
3. Archivo 1 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo 3 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-4)
5. C.E., Sec. Tercera, Auto de Unificación 2019-00075 (63931), ene. 29/2020, M.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-5)
6. Archivo 10 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-6)
7. *“(…)* ***ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS.*** *El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas: //* ***1.*** *El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. (…) //* ***La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado****. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original) [↑](#footnote-ref-7)
8. *“(…)* ***ARTÍCULO 86. RÉGIMEN DE VIGENCIA Y TRANSICIÓN NORMATIVA.*** *(…)*

   *En estos mismos procesos* [iniciados en vigencia del CPACA]*, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. (…)”* (Subraya fuera del texto original) [↑](#footnote-ref-8)
9. *“(…)* ***ARTÍCULO 143. CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA.****El Ministerio de Educación Nacional podrá destinar los recursos a que hace referencia el numeral 4 del artículo 11 de la Ley 21 de 1982 a proyectos de construcción, mejoramiento en infraestructura y dotación de establecimientos educativos oficiales urbanos y rurales. Para este efecto el Ministerio de Educación Nacional señalará las prioridades de inversión y, con cargo a estos recursos, realizará el estudio y seguimiento de los proyectos. (…)”* [↑](#footnote-ref-9)
10. Archivo 9 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver, por ejemplo: TAB, Auto 2017-00168, nov. 12/2020. M.P. José Fernández Osorio. [↑](#footnote-ref-11)