



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez
Demandado: Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio)

Temas: Sanción moratoria por pago tardío de cesantías anuales

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Trumancery Garizabalo Suárez, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

administrativo, en orden a que se declare la nulidad de los siguientes actos: i) ficto o presunto negativo que se configuró ante la omisión de respuesta, por parte de la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) a la petición en la cual se solicitó consignar las cesantías por los años 1998 y 1999, los intereses sobre las cesantías de los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 y la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1995 y los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, por el retardo en el pago de las cesantías de los años 1998 y 1999; ii) oficio sin número del 17 de enero de 2018, emanado de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena, por el cual se negó idéntica reclamación; y iii) oficio sin número del 14 de noviembre de 2017, suscrito por el alcalde del municipio de Sitionuevo, que resolvió en forma adversa su solicitud.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) consignar las cesantías, reconocer los intereses sobre estas y la sanción moratoria hasta que se efectúe el pago; ii) ordenar el ajuste de la condena, de conformidad con el inciso 4º del artículo 187 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; iii) condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada; y iv) reconocer intereses moratorios, en los términos descritos en los artículos 192 y 195, inciso 4, *ibidem*.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado de la demandante señaló los siguientes:

(i) La señora Trumancery Garizabalo Suárez labora como docente en la Institución Educativa Departamental Rural Palermo del municipio de Sitionuevo, cargo para el cual fue nombrada a través del Decreto 15 del 29 de diciembre de 1997 y del que tomó posesión el 30 de diciembre de 1997.

(ii) La Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), el departamento del Magdalena y el municipio de Sitionuevo no consignaron oportunamente sus cesantías durante los años 1998 y 1999, esto es,



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

dentro de los plazos fijados en **la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario**, motivo por el cual deben reconocer y pagar la indemnización moratoria que resulta de la tardanza en el pago de su prestación anual, que, hasta la fecha de radicación de la demanda, no ha sido concedida.

(iii) Las autoridades demandadas tampoco consignaron, en forma oportuna, las cesantías de los años 2000 a 2016 «anualidades que conforman un acumulado para el pago de los intereses a la (sic) cesantías que le han sido pagados como lo establece la normatividad existente».

(iv) En consecuencia, las demandadas son responsables del reconocimiento de las cesantías, los intereses sobre estas, la sanción moratoria por su inoportuno pago. Y aquellas son solidarias en la obligación, porque los recursos para tal efecto provienen del Sistema General de Participaciones y los del municipio provienen del departamento.

(v) El 25, 30 y 31 de octubre de 2017, la accionante formuló solicitudes ante el departamento del Magdalena, el municipio de Sitionuevo y el Ministerio de Educación, respectivamente, orientadas a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías causadas a su favor durante los años 1998 y 1999, los intereses sobre las cesantías correspondientes a los años «1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004» y la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías anualizadas y, en respuesta a ellas, surgieron los actos acusados.

(iv) Tales actos presentan vicios que conllevan su ilegalidad, comoquiera que desconocen las normas que rigen el régimen legal de las cesantías de los servidores públicos vinculados a la administración, en los cuales se ordena realizar la liquidación anualizada del aludido auxilio, y consignarlo en el plazo establecido por **la Ley 344 de 1996**.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Como tales se señalaron los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 83, 138, 187, inciso 4, 188, 192 y 195, inciso 4, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; **13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998**; 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990; 21 del Decreto 1063 de 1991; 20, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado de la demandante expuso los siguientes argumentos:

(i) La omisión en que incurrió la parte demandada es el resultado de la desatención de las normas que rigen en materia de reconocimiento y pago de las cesantías anuales y no de la carencia de recursos para pagarlas; por ende, ante la tardanza generada por no consignar las cesantías antes del 14 de febrero del año siguiente a aquel en que fueron causadas, debe reconocer una indemnización equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

(ii) La demandante, en su calidad de trabajadora, se encuentra amparada por la **Ley 344 de 1996** y su decreto reglamentario, que remiten a la Ley 50 de 1990, artículos 99 y subsiguientes, en materia de reconocimiento de cesantías; por ello, como la administración incurrió en transgresión de tales disposiciones, está obligada a reconocer la sanción que en forma clara y precisa establece la ley ante tal tardanza, máxime cuando, a la fecha, no ha consignado las cesantías de los años 1998 y 1999, ni los intereses sobre estas, ni la sanción originada en el incumplimiento.

1.2. Contestación de la demanda¹

La Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ Se precisa que solo la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) conforma la parte demandada en consideración a que, en el auto que la admitió, se declaró la caducidad del medio de control respecto de los oficios emanados del departamento del Magdalena y del municipio de Sitionuevo. Folios 80 a 82.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Magisterio), no contestó la demanda.²

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia del 21 de agosto de 2019³ denegó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

(i) Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado, en particular, en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 acogió el criterio de que los docentes sí son beneficiarios de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, para efecto de la oportunidad en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales, tal tratamiento no se ha dado en torno a las previsiones de la Ley 344 de 1996, pues la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al cual se remite aquella, solo está destinada a fondos privados de cesantías; por lo tanto, como el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene tal connotación, no puede hacerse extensiva a este.

(ii) En el caso concreto de la demandante, se desempeña como docente desde el año 1997 y fue afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del año 2005; por lo tanto, el auxilio de cesantías correspondiente a los años 1998 y 1999 debería estar a cargo del municipio de Sitionuevo y no del aludido fondo, en tanto que este solo debe asumir la prestación respecto de los años posteriores a su afiliación en él; sin embargo, como dicha autoridad territorial no es parte de esta *litis* no es viable acceder a la pretensión al respecto. Igual ocurre en torno al reconocimiento y pago de los intereses sobre las cesantías de los años en que el demandante aún no estaba afiliado al fondo.

(iii) Finalmente, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, la norma que la prevé no es

² En el informe secretarial que obra en el folio 129 no se informó acerca de que hubiera contestación de la demanda por esa entidad, además, no obra memorial al respecto y, en la audiencia inicial tampoco se aludió lo pertinente.

³ Folios 179 a 187.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

aplicable a los docentes y, por ello, no es viable acceder a la pretensión.

1.4. El recurso de apelación

La señora Trumancery Garizabalo Suárez, actuando por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación⁴ que sustentó así:

(i) Tal como lo consideró el *a quo*, el derecho a las cesantías es irrenunciable, por ello, como en el caso de la demandante su afiliación se produjo en el marco de lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003, se debe considerar lo previsto en su artículo 1º, parágrafo 1º, según el cual la falta de afiliación a ese fondo implica la responsabilidad de la entidad territorial para el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

(ii) «[E]n virtud de la normatividad que reglamento (sic) el proceso de afiliación, habida cuenta que el pasivo prestacional liquidado y pagado por el municipio en favor de la demandante está en poder de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representada legalmente por el Ministerio de Educación Nacional, entidad sobre la cual recae la legitimación en la causa por pasiva, es consecuente entonces que se orden al Ministerio de Educación Nacional el reconocimiento de consignar en la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las cesantías de los años 1998 y 1999, las cuales fueron liquidadas en el pasivo prestacional y pagadas al Fomag, pero inexplicablemente no le aparecen depositadas en la cuenta individual que posee la demandante en el Fomag, error que no puede ser asumido por la docente».

(iii) En lo que respecta a la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionales que se hubieren vinculado a partir del 1º de enero de 1990, sin distinción, son destinatarios de las disposiciones vigentes, aplicables a los empleados públicos del orden nacional, entre las que se encuentra la Ley 344 de 1996; por lo tanto, en el caso de la demandante, sí es aplicable dicha normativa

⁴ Folios 202 a 209.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

ante el desconocimiento del término previsto para la consignación de las cesantías en el fondo, tesis que fue acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018.

(iv) La legitimación en la causa por pasiva radica, para este caso, en la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) en aplicación de un precedente del Consejo de Estado,⁵ al respecto.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La señora Trumancery Garizabalo Suárez, por intermedio de su apoderado, recorrió el término para alegar⁶ y reiteró los argumentos invocados en la alzada. El Ministerio de Educación guardó silencio en esta etapa procesal.⁷

1.6. El Ministerio Público

El procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto⁸ en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, para tal efecto, expuso los siguientes argumentos:

(i) En el caso de la demandante, el régimen de cesantías aplicable es el anualizado, por lo que sus cesantías se debían liquidar y pagar en forma anual, en tales condiciones, su exigibilidad «procede a partir del vencimiento del término para la respectiva consignación, por cada año en forma separada, sin atención a que a la fecha de la demanda dicha persona aun estuviere ejerciendo el empleo».

(ii) En el *sub lite* se reclama la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías de los años 1998 y 1999; por lo tanto, como la petición al respecto se presentó los días 25, 30 y 31 de octubre de 2017, es evidente que se configuró el fenómeno prescriptivo y, por ende, las pretensiones de sanción moratoria no

⁵ Se cita la sentencia del 26 de octubre de 2017, radicado 08001 23 33 000 2012 00362 01, número interno: 1800-2014. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁶ Según memorial visible en el índice 14 del aplicativo SAMAI.

⁷ Como consta en el informe secretarial visible en folio 222.

⁸ El concepto aparece en el índice 15 de la plataforma SAMAI.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

tienen vocación de prosperidad.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer **(i)** si la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio) es la autoridad legitimada para el reconocimiento de las cesantías reclamadas por la demandante, por los años 1998 y 1999; **(ii)** si la accionante, en su condición de docente, puede ser beneficiaria de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías **anuales**, de conformidad con lo previsto en las Leyes 344 de 1996 y 50 de 1990, así como el decreto reglamentario de la primera de ellas; **(iii)** si tiene derecho a la indemnización por mora en el pago de esa prestación y en qué forma se debe liquidar; y **(iii)** si hay lugar a declarar extinguida la obligación respecto de esa indemnización, por virtud del fenómeno de la prescripción.⁹

2.2. Marco normativo

El artículo 53 de la Constitución Política establece como principios orientadores de las relaciones laborales, el de favorabilidad, según el cual, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, se debe acoger la que resulte más benéfica para el trabajador.

Ahora bien, la Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el

⁹ Se precisa que, en el problema jurídico, no se incluyó lo relativo a los intereses sobre las cesantías, que constituyó una de las pretensiones de la demanda, teniendo en consideración que la reclamación al respecto no fue materia del recurso de apelación.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería con destino a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Más adelante, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»¹⁰, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»¹¹; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el

¹⁰ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

¹¹ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías¹², y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹³. Además, en los artículos 11 y 12 *ibidem*, fijó a favor de sus afiliados un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

En el evento en que el empleador no consigne, dentro del término de ley, las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, el artículo 6º *ibidem* estableció lo siguiente:

Artículo 6º¹⁴.- *Trasferencia de cesantías de servidores públicos.* En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.

El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. (Se resalta).

En todo caso, se debe señalar que la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso adicional

¹² Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹³ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

¹⁴ La norma en cita fue modificada por el artículo 193 del Decreto 019 de 2012; no obstante, tal disposición es posterior a los años en que se causaron a favor del demandante las cesantías que fueron consignadas tardíamente, por lo que no procede su aplicación.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

Artículo 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, **a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:**

- 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;** (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

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

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.
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.
3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.
4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104.

Ahora bien, en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹⁵ que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida norma, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

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

[...]

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

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio

¹⁵ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 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. (Resalta la Sala).

Por otro lado, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, estableció:

Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. 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, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales.
Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

(i) El 25 de octubre de 2017,¹⁶ la señora Trumancery Garizabalo Suárez, por intermedio de su apoderado, radicó petición ante el departamento del Magdalena con el objeto de lograr el reconocimiento y pago de **a.** las cesantías de los años 1998 y 1999; **b.** los intereses a las cesantías de los años 1998 a 2004, inclusive; y **c.** la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, ante la inoportuna consignación de las cesantías **de los años 1998 y 1999.**

¹⁶ Folios 13 y 14.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

(ii) El 30 de octubre de 2017,¹⁷ la accionante formuló igual solicitud ante el alcalde del municipio de Sitionuevo.

(iii) El 31 de octubre de 2017,¹⁸ la demandante formuló nuevo requerimiento ante la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio).

(iv) El 1 de agosto de 2017,¹⁹ el jefe de la Oficina Jurídica y Contratación del municipio de Sitionuevo dio respuesta adversa a la anterior solicitud.

(v) El 17 de enero de 2018,²⁰ la profesional universitaria, coordinadora de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena dio respuesta desfavorable a la anterior petición. Entre las consideraciones de la aludida respuesta se señala lo siguiente:

En el caso concreto, la señora Trumancery Garizabalo Suárez con C.C. 85.080.324, fue nombrada como docente mediante el Decreto No 015 del 29/12/1997, expedido por el Alcalde del Municipio de Sitio Nuevo (Mag), posesionada el día 30/12/1997, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el Municipio de Sitio Nuevo - Magdalena, el 29/07/2005.

Referente a sus cesantías, según el extracto suministrado por la Fiduprevisora S.A., entidad que maneja los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se advierte que desde el año 2000 en adelante sus cesantías han sido oportunamente reportadas a la entidad fiduciaria, por parte de la Secretaría de Educación del Departamento del Magdalena y por el periodo reclamado (1998/1999) no aparece reporte alguno por parte del Municipio de Sitio Nuevo – Mag.

En ese orden de ideas, las cesantías por los años reclamados, que corresponden a los pasivos prestacionales, y que no han sido aportados, es responsabilidad del Municipio de Sitio Nuevo - Magdalena por ser anteriores al año en que el Departamento ser (sic) responsabilizó de las Educación de ese Municipio y a la afiliación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, la obligación del Departamento del Magdalena surge a partir del año 2003 y la obligación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de cesantías y sus intereses, con anterioridad a la afiliación, está supeditada a que la Entidad (Municipio) a la cual el docente prestaba sus servicios haya efectuado los aportes que estaba obligada a pagar.

¹⁷ Folios 16 y 17.

¹⁸ Folios 10 a 12.

¹⁹ Folios 18 a 21.

²⁰ Folio 15.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

2.4. Caso concreto

Con el propósito de pronunciarse frente a los argumentos de la demandante, se debe advertir, en primer lugar, que, conforme a lo previsto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, aplicables por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el objeto del recurso de apelación se circunscribe a que el *ad quem* «examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante» y, por ende, su pronunciamiento debe sujetarse a «los argumentos expuestos» por este. En consecuencia, los asuntos que se abordarán en esta providencia comprenden, únicamente, aquellos señalados en la fijación del litigio, los cuales concuerdan con los repartos formulados en el recurso.

Así las cosas, el primer problema que se debe resolver, consiste en establecer si la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) es la autoridad legitimada en la causa para asumir una posible condena en torno a la reclamación de las cesantías de los años 1998 y 1999, a favor de la señora Trumancery Garizabalo Suárez.

Para efecto de definir lo anterior, la Sala considera oportuno señalar que, de acuerdo con la información suministrada por la profesional universitaria, coordinadora de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena el certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el oficio del 17 de enero de 2018,²¹ la afiliación de la demandante en dicho fondo ocurrió el **29 de julio de 2005**; en consecuencia, es preciso dar aplicación a lo previsto en el artículo 1º parágrafo 1º del Decreto 3752 de 2003, según el cual «[l]a falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan».

Lo anterior quiere decir que en quien radica la responsabilidad de reconocer y

²¹ Folio 15.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

destinar los recursos correspondientes a las cesantías causadas a favor de la demandante, antes de su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es en la entidad territorial nominadora; por lo tanto, no es viable atribuir responsabilidad, al respecto, en cabeza del ministerio demandado.

Ahora bien, la Sala no desconoce que, en un principio, la demanda se formuló no solo en contra de ese ente ministerial, sino de dos autoridades territoriales, por un lado, el departamento del Magdalena y, por el otro, el municipio de Sitionuevo; sin embargo, tales entidades no fueron vinculadas al litigio, toda vez que en el auto que admitió la demanda,²² el tribunal declaró la caducidad del medio de control respecto de ellas, pues, en su sentir, la demanda se formuló en forma inoportuna para cuestionar la legalidad de los oficios por ellas emitidos.

En tales condiciones, si la parte demandante no estaba de acuerdo con lo decidido al respecto, debió incoar los recursos que procedían contra tal providencia, pero en el plenario no hay prueba de que haya procedido en tal sentido; por el contrario, a través de memorial,²³ solicitó integrar el litisconsorcio necesario con el departamento y el municipio referidos, pero tal solicitud le fue resuelta en forma desfavorable por el Tribunal.²⁴ Siendo así, la accionante permitió que quedaran en firme las decisiones que impidieron que la parte demandada quedara integrada con las autoridades que podrían ser las legitimadas para responder por el reconocimiento de las cesantías reclamadas.

Ahora bien, no es procedente acoger el argumento de la parte recurrente, según el cual al haberse surtido todo el trámite de afiliación, se debe entender que los recursos del pasivo prestacional fueron remitidos al fondo, pues es evidente que la consecuencia de no afiliación, por un periodo específico, está delimitada en el parágrafo uno del artículo primero del Decreto 3752 de 2003, y consiste en la responsabilidad a cargo del ente territorial, en lo que respecta al reconocimiento y pago de la prestación. Sin embargo, como, en el *sub lite*, no está vinculada la

²² Auto del 7 de septiembre de 2018, que obra en los folios 80 a 82.

²³ Folio 86.

²⁴ Mediante providencia del 8 de octubre de 2018, visible en folios 92 a 94.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

autoridad territorial es forzoso confirmar lo que, al respecto, decidió la primera instancia, sobre dicha pretensión, en el sentido de negarla, pues la autoridad que integra la parte demandada no está legitimada para responder por ella.

Por otro lado, la Sala considera imperioso precisar que la sanción por mora que se reclama surge de la tardanza en que incurrió la administración en el pago de las **cesantías anuales, esto es, las que se generaron a favor de la demandante con corte al 31 de diciembre de cada uno de los años 1998 y 1999**, de manera que el análisis se circunscribirá a determinar si, en su condición de docente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por la presunta mora en que incurrió el empleador en consignar su prestación en cada anualidad

Para resolver lo anterior, en primer lugar, se debe determinar si la señora Garizabalo Suárez, en su condición de docente, es beneficiaria de la Ley 50 de 1990, en particular, del artículo 99, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**,²⁵ teniendo en consideración que la decisión del *a quo* se circunscribió a la inaplicabilidad de tal normativa a la demandante.

Al respecto, la tesis de la Sala había sido la de considerar que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989» lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte, al estudiar la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928

²⁵ Se resalta lo pertinente, comoquiera que el análisis de la Sala no comporta el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación de **las cesantías definitivas** respecto de los docentes.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

de 2006²⁶ señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque «simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos²⁷ es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna».

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado²⁸ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que, para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098/18²⁹ sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías

²⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁷ Refiriéndose a diferentes prestaciones, entre ellas las cesantías.

²⁸ Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

²⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a **todos los empleados públicos**. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que **la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes³⁰ y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda³¹.**

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, **una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.**

[...]

³⁰ Cita propia del texto transcrito «Ley 50 de 1990. “Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.

2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.

3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.

Parágrafo. El trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes, a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo, según su preferencia y capacidad”».

³¹ Cita propis del texto transcrito «Código Sustantivo del Trabajo. “Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines. (...)”».



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

[...]

Sumado a lo anterior, el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

De conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019³² esa Corporación también coligió que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) **los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.** [Negrilla fuera de texto]

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Por ende, se aplicará la anterior postura a fin de establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, así:

³² Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Para efecto de lo anterior, es preciso determinar el período respecto del cual se pretende el reconocimiento de la sanción moratoria por parte de la accionante, esto es, por la tardanza en el pago de las cesantías anuales de los años 1998 y 1999.

Ahora bien, de acuerdo con lo probado en el expediente, en particular, información extraída del oficio emanado de la profesional universitaria, coordinadora de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena,³³ los reportes de cesantías que se han hecho a favor de la señora Garizabalo Suárez corresponden a los años 2003 en adelante, pero de ese año hacia atrás no se reflejan abonos por ese concepto, por parte del ente territorial correspondiente.

Por lo anterior, ante la falta de acreditación de los periodos de la prestación, respecto de los que se reclama la mora —años 1998 y 1999—, la Sala concluye que sí hubo mora en la consignación de las cesantías, pues no hay prueba de que aún hayan sido dirigidos al fondo.

Siendo así, la mora corrió de la siguiente manera:

Cesantías 1998: desde el 15 de febrero de 1999³⁴ hasta la fecha no hay constancia de su acreditación.

Cesantías 1999: desde el 15 de febrero de 2000³⁵ hasta la fecha no hay constancia de su acreditación.

No obstante lo anterior, la sanción moratoria pretendida está afectada por el fenómeno de la prescripción, comoquiera que la obligación —sanción moratoria— se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento o

³³ Folio 15.

³⁴ Que corresponde al día posterior a aquel en que debieron acreditarse ante el Fondo. Lo propio se predica de los demás periodos de cesantías reclamados.

³⁵ Que corresponde al día posterior a aquel en que debieron acreditarse ante el Fondo. Lo propio se predica de los demás periodos de cesantías reclamados.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

tardanza, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago —15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio— y la accionante dejó transcurrir un lapso superior a tres (3) años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria.

En efecto, en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, CE-SUJ-SII-022-2020, se sentó jurisprudencia, al respecto, en el siguiente sentido:

- i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.

Así las cosas, en el caso concreto de la señora Garizabalo Suárez, el término para reclamar la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías empezó a correr en las siguientes fechas y se extinguió en el término indicado en el cuadro siguiente:

Período de cesantías debido	Fecha en la que surgió la mora y el derecho a reclamar la indemnización	Fecha en que se extinguió el derecho por prescripción
1998	15 de febrero de 1999	15 de febrero de 2002
1999	15 de febrero de 2000	15 de febrero de 2003

Con fundamento en lo anterior, se debe concluir que como la petición de la indemnización moratoria se realizó el día 31 de octubre de 2017,³⁶ ante el Ministerio de Educación Nacional, se encuentra prescrita la sanción pretendida, pues se reclamó cuando habían transcurrido más de tres años desde el momento

³⁶ Folio 10 a 12.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

en que la obligación se hizo exigible; por ende, procedía declarar probada, de oficio, la excepción extintiva; por lo tanto, se revocará parcialmente la sentencia recurrida en cuanto negó esa pretensión de la demanda, para, en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción extintiva.

En todo caso, es preciso señalar que en la sentencia de unificación citada³⁷ se dejó claro que «2.- **La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal** y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral» y, por ende, es procedente, en el *sub lite*, acoger ese criterio en torno al fenómeno extintivo.

En esas condiciones, la reclamación al respecto debía realizarse dentro de los 3 años contados a partir del momento de su exigibilidad y, como se dejó plasmado con antelación, la parte interesada excedió ese término.

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,³⁸ respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación atiende un criterio objetivo valorativo. Objetivo, en el sentido de que toda sentencia dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, pues se requiere que el juez revise si ellas se causaron (pago de gastos ordinarios del proceso, actividad profesional realizada dentro de él), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o la temeridad de las partes. Conforme a las anteriores reglas, y según lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,³⁹ la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, en cuanto no resultaron probadas, pues la decisión en torno a la prescripción surgió

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia CE-SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

³⁹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

de la postura jurisprudencial definida en la sentencia CE-SUJ-SII-022-2020, que fue expedida en forma posterior a la interposición del recurso.⁴⁰

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que se debe declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria de cesantías reclamada por la señora Trumancery Garizabalo Suárez; por tal razón, se revocará parcialmente, la providencia recurrida, que denegó las súplicas de la demanda y, en su lugar, se declarará probado el aludido medio exceptivo. En lo demás, se confirmará la sentencia recurrida, en cuanto el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es la autoridad que deba responder por el pago de las cesantías causadas a favor de la demandante por los años 1998 y 1999, por las razones expuestas y no se impondrá condena en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. Revocar, parcialmente, la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto denegó la pretensión de sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías, en el proceso promovido por Trumancery Garizabalo Suárez contra la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio). En su lugar se dispone:

⁴⁰ El recurso se interpuso el 30 de octubre de 2019 (folio 202) mientras que la providencia de unificación data del 6 de agosto de 2020.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria reclamada por la demandante, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

Segundo. Confirmar, en lo demás, la providencia recurrida.

Tercero. No condenar en costas de segunda instancia.

Cuarto. En firme esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

DDG



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)
Demandante: ABIEL FERNÁNDEZ ALVARADO
Demandada: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO

Tema: Sanción moratoria cesantías anualizadas (Docente)

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Abiel Fernández Alvarado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, formuló, en síntesis, las siguientes:

Pretensiones¹

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 4143.3.13.9476 del 23 de septiembre de 2011, por medio del cual la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali resolvió de forma negativa el derecho de petición elevado por el demandante, tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria e intereses por la no consignación de las cesantías, así como los rendimientos financieros que dicho auxilio habría podido producir si se hubiere consignado en los términos de ley.
2. A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali a reconocer y pagar a favor del señor Fernández Alvarado i) la suma de \$193.286.281, por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2003 a 2009 en el Fomag; ii) un total de \$394.732 por el no pago de los intereses sobre las cesantías, pues los intereses correspondientes a los años 2004 a 2009 le fueron reconocidos y pagados en el año 2010 sin incluir la sanción por el no pago de cada año y; iii) los rendimientos financieros que todo fondo

¹ Folio 72 a 74.



abona trimestralmente al trabajador afiliado y a prorrata de sus aportes individuales.

3. Liquidar la anterior condena mediante sumas liquidadas de moneda en curso legal en Colombia, la cual deberá ajustarse y actualizarse tomando como base el IPC.
4. Condenar a la demandada a pagar las costas y expensas del proceso.

Supuestos fácticos relevantes²

1. El señor Abiel Fernández Alvarado laboró en forma provisional al servicio de la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali en los años académicos 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006, 2006 hasta la fecha de presentación de la demanda³.
2. El ente territorial aludido incumplió el término dispuesto en la Ley 50 de 1990, pues al señor Fernández Alvarado, pese a estar afiliado al Fomag, no le fueron consignadas las cesantías que por ley le correspondían, a más tardar el 14 de febrero del año inmediatamente anterior.
3. Refirió además que incumplió las normas laborales al omitir cancelar los intereses a las cesantías.
4. Mediante Oficio 4143.3.13.01934 del 17 de abril de 2009, la Secretaría de Educación de Educación del municipio de Santiago de Cali, contestó las repetidas solicitudes que el demandante formuló.
5. Así mismo, la Fiduprevisora SA por Oficio 404-2010EE16411 del 2 de marzo de 2011 informó al docente la fecha y el valor de las cesantías de los períodos comprendidos entre el año 2004 y el año 2009, a través del cual se evidencia el incumplimiento de la entidad territorial al no depositar en las fechas de Ley el auxilio de cesantías a su favor.
6. Finalmente, la entidad demandada al dar cumplimiento a un fallo de tutela, por Oficio 4143.3.13.3234 del 4 de mayo de 2010 indicó que las cesantías del libelista reposaban en el Fomag y como prueba de ello, señaló que «[...] la FIDUPREVISORA S.A. le ha programado el pago de los intereses y revisados los comprobantes de pago a partir de noviembre de 2004 hasta la fecha se le han consignado las cesantías mes a mes en dicho fondo [...] razón por la cual no da lugar a la sanción moratoria [...]»

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículo 13.
- Ley 50 de 1990: artículo 99.
- Ley 344 de 1996
- Decreto 1252 de 2000: artículo 1.º

² Folio 75 a 77.

³ 2 de febrero de 2012



- Decreto 3752 de 2003: artículo 1.º

Sostuvo que el municipio de Santiago de Cali incurrió en un trato desigual y sin justificación, al omitir el pago de sus cesantías al Fomag y su decisión de no pagar la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías e intereses. Indicó, además, que los docentes pertenecen a un régimen especial, pero por mandato legal, en materia de cesantías les son aplicables las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996.

Finalmente, sostuvo que la doctrina y la jurisprudencia tienen por derecho adquirido aquellas situaciones que se han establecido y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han creado a favor de sus titulares un derecho cierto que debe ser respetado. No obstante, solicitó se aplique la sentencia C-197 de abril de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el artículo 137 del CCA, bajo la condición que el juez administrativo evidencie la violación de un derecho fundamental, deberá proceder a su protección, aun cuando el demandante no hubiere cumplido con el requisito señalado con norma violada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Santiago de Cali y el Fomag -vinculado al proceso- no contestaron la demanda, según se advierte de la constancia secretarial obrante a folios 105 y 251 del expediente.

SENTENCIA APELADA

El 4 de diciembre de 2019⁴, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca profirió sentencia que negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hizo alusión a la normatividad general y la jurisprudencia que rige las cesantías para empleados públicos del orden nacional y del personal docente.

Acto seguido, hizo un recuento del material probatorio recaudado, para sostener que el señor Fernández Alvarado no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías al fondo antes del 15 de febrero de año siguiente a su causación, dado que este se vinculó al servicio oficial docente el 9 de diciembre de 2003 y, por lo tanto, esta cobijado por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. En virtud de lo anterior, concluyó que el demandante, como docente oficial, no es equiparable a los servidores públicos destinatarios de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que el libelista no puede ser destinatario de la sanción moratoria contemplada en el artículo 1.º del Decreto 1582 de 1998, a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, requisitos que no cumplió el docente.

⁴ Folios 252 a 259 vto.



Finalmente, se abstuvo de condenar en costas, por no haber evidencias temeridad, ni mala fe de las partes.

RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de alzada y como sustento de ello, señaló que lo reclamado no corresponde a una prestación a cargo de la Nación, Fomag, sino en el reconocimiento de una sanción moratoria, indemnización que mal podría exigírsele al fondo si precisamente la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali no reportó, trasladó o depositó las cesantías anualizadas a su favor en los términos de ley.

En ese sentido, destacó que al ser beneficiario del régimen anualizado de cesantías, la no consignación o pago en el fondo de las mismas genera una sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, indemnización que tiene sustento en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que remite al numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Igualmente, recalcó que el material probatorio da cuenta del valor que recibió en los años 2008 y 2009, correspondiente a los intereses a las cesantías de los períodos 2004 a 2009, considera que dicha situación no desvirtúa la mora en que incurrió la administración de trasladar o consignar en el fondo dentro del tiempo el auxilio; así mismo, hizo referencia a la contradicción entre lo expuesto por la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali en el oficio 4143.3.13.9476 de 23 de septiembre de 2011 y lo consignado por la Fiduprevisora en Oficio 1010403 del 13 de julio de 2009.

Aunado a lo anterior, señaló que la sentencia recurrida violó el principio de favorabilidad, al dejar de aplicar la norma que le era más favorable y desconoció el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación SU-336 del 18 de mayo de 2017, proferida por la Corte Constitucional que determinó que los docentes oficiales tienen derecho a que sus cesantías sean pagadas de manera oportuna.

Finalmente, solicitó tener como indicio grave en su contra que la parte pasiva no asistió a la audiencia de conciliación, no se excusó y tampoco contestó la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El **municipio de Santiago de Cali**⁶ solicitó confirmar la decisión, toda vez que la misma se profirió en atención a la normatividad vigente y, en consecuencia, el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, por cuanto al estar afiliado al Fomag se rige por la Ley 91 de 1989, reglamentado a través del Decreto 2831 de 2005, sin que le sea extensivo lo dispuesto por la Ley 50 de 1990.

⁵ Folios 177 a 200.

⁶ Memorial allegado electrónicamente, adjunto al aplicativo Samai, visible a índice 16.



Agregó que desde la contestación logró desvirtuar todos y cada uno de los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante. Adicionalmente, resaltó que la competencia de la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali está supeditado al trámite, liquidación, proyecto de resolución y envió a la Fiduprevisora para que esta última efectúe el pago correspondiente, esto es, su función solo va hasta la proyección de los actos administrativos de reconocimiento.

La parte demandante⁷ reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El **ministerio público** y el **Fomag** guardaron silencio, conforme se desprende de la constancia secretarial de fecha 12 de mayo de 2022.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 129 del CCA modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada.

Problemas jurídicos

De conformidad con los planteamientos derivados de la sentencia de primera instancia y del recurso de alzada, los problemas jurídicos a resolver se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Le asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

En caso afirmativo,

2. ¿Se encuentra acreditada en el *sub lite* la causación de la sanción moratoria respecto de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2003 a 2009?
3. ¿Operó el fenómeno de la prescripción sobre la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, respecto de las cesantías anualizadas de la demandante, causadas en las anualidades 2003 a 2009?

Primer problema jurídico

¿Le asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

⁷ Memorial allegado electrónicamente, adjunto al aplicativo Samai, visible a índice 17.



Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

El régimen normativo que regula el pago de las cesantías anualizadas y la sanción por la mora en su consignación, para los servidores públicos

La Ley 50 de 1990 por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías en los términos que a continuación se citan:

«ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.



PARÁGRAFO.- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.»
(Subrayas y negrillas de la Sala)

Ahora, pese a que la norma transcrita se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías. En efecto, la Ley 344 de 1996 definió el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y puntualmente en su artículo 13 previó lo siguiente:

«ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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.

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.»
(Subrayas de la Subsección)

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1 que: «El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. [...]»
(Subrayas de la Subsección)

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, previó la causación de una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible en los términos que a continuación se señala:

«ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Subrayas de la Sala)

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte que, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

Del marco jurídico aplicable a los docentes oficiales en materia de cesantías

En lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales⁸ que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida norma, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* reguló lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

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

[...]

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

En lo que tiene que ver con el reconocimiento de las cesantías, el artículo 15 *ejusdem* prescribió lo siguiente:

⁸ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.



«3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes 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.» (Subraya la Sala).

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 señaló que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, estableció:

«Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. 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, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.»
(Subrayas de la Sala)

En armonía con el marco normativo reseñado en precedencia, la Subsección había sostenido la tesis de que los docentes oficiales, si bien servidores públicos en toda regla, no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional, al estudiar el ajuste del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 a los postulados de la Carta, pues en sentencia C-928 de 2006⁹ señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. En aquella ocasión, puntualizó además que ello no redundaba en una violación del derecho a la igualdad porque «simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos¹⁰ es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna».

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹¹ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ Refiriéndose a diferentes prestaciones, entre ellas las cesantías.

¹¹ Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-098 de 2018¹², sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a **todos los empleados públicos**. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

«[...] Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que **la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda.**

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, **una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.**

[...]

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

¹² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[...]

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

De conformidad con todo lo expuesto, **en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG. [...]**» (Resalta la Subsección)

Recientemente, en sentencia SU-332 de 2019¹³ esa Corporación también concluyó que:

«[...] 52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) **los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.** [...]» (Negrillas de la Sala)

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si el demandante es beneficiario de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Se encuentra acreditada en el *sub lite* la causación de la sanción moratoria respecto de las cesantías anualizadas correspondiente a los años 2003 a 2009?

En caso afirmativo ¿operó el fenómeno de la prescripción sobre la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, respecto de las cesantías anualizadas de la demandante, causadas en las anualidades 2003 a 2009?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: se acreditó la causación de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 respecto del auxilio de

¹³ Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

cesantías del demandante en los años 2004 a 2009, comoquiera que demostró los supuestos fácticos para ser beneficiaria de la penalidad que reclama. Ahora bien, de conformidad con los elementos probatorios que obran en el plenario, y a la luz de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías de los años 2004 y 2005 se encuentra prescrita.

La postura adoptada en la sentencia unificación del 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020

En lo que atañe a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción extintiva frente a la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de las cesantías anualizadas, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio jurisprudencial a través de la sentencia del 25 de agosto de 2016¹⁴, aclarada en providencia -también de unificación- del 6 de agosto de 2020¹⁵. Si bien en la primera de tales providencias se había mencionado que la penalidad en comento está sometida a la prescripción trienal, aunque fuese de manera parcial, la sentencia aclaratoria se encargó de definir que el carácter del fenómeno prescriptivo trienal es extintivo y que el momento a partir del cual procede la reclamación de la sanción moratoria corresponde al día en que se configura la mora respecto de la obligación originaria, esto es, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago de las cesantías anualizadas.

De conformidad con la tesis de unificación, pese a no existir una norma expresa que contemple un término de prescripción para la penalidad ante la tardanza en el depósito de las cesantías anualizadas a que tiene derecho el trabajador, sobre las mismas opera el fenómeno de prescripción trienal, como se indica a continuación:

«Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01, número interno: 0528-14, dte: Yesenia Esther Hereira Castillo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01, número interno: 0833-16, dte: María Lucely Taborda Cervantes.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Negrillas del texto, subrayas propias).

Ahora, frente al momento en que surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata el numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, la providencia de unificación de fecha 06 de agosto de 2016, sentó la siguiente regla jurisprudencial: **«la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente. [...]»**

Línea interpretativa que tiene como fundamento los siguientes planteamientos:

«De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que *“el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial¹⁶.

¹⁶ El aparte resaltado en negrillas corresponde justamente al concepto que fue objeto de aclaración en la providencia de unificación del 6 de agosto de 2020, cuando se precisó que el carácter del fenómeno prescriptivo trienal, para el caso de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, **es extintivo y no parcial**.



La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.» (Subraya la Subsección)

Caso concreto

Como se expuso, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si el demandante es beneficiario de la sanción pretendida en la demanda y para ello se tiene probado en el expediente lo siguiente:

Mediante Resolución 3068 del 9 de diciembre de 2003 la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali, nombró en provisionalidad al señor Abiel Fernández Alvarado como docente en la Institución Educativa José María Carbonell, cargo del cual tomó posesión el 12 de febrero de 2004¹⁷, día en que también fue vinculado al FOMAG bajo el régimen de cesantías anualizado¹⁸.

Así mismo, obra Oficio 4143.3.13.3541 del 3 de octubre de 2008¹⁹ emitido por la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali, por medio del cual informó al demandante que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 15, numeral 3, letra B, de la Ley 91 de 1989, que a partir del 1.º de enero de 1990 el Fomag debe reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados, así como el interés anual sobre el saldo de las cesantías adeudadas a 31 de diciembre de cada año. Seguidamente, precisó que en el caso particular del demandante «[...] se constato (sic) que se han presentado inconvenientes con el aplicativo razón por la cual no se le ha cancelado sus intereses, adjunto remitimos copia simple del reporte que en tal sentido se realizó (sic) a la Fiduprevisora a la fecha estamos haciendo los trámites (sic) internos para subsanar esta situación.»

También se cuenta con Oficio 1010430 del 13 de julio de 2009²⁰ por medio del cual la Fiduprevisora le indicó al libelista que al consultar la base de datos

¹⁷ Folios 5 y 6.

¹⁸ Folio 15.

¹⁹ Folios 8 y 9.

²⁰ Folio 15.



«[...]no registro (sic) reporte alguno de cesantías para pago de interés, por lo que le sugiere acercarse a la Secretaría de Educación municipal de Cali, para lo pertinente. [...]»

Igualmente se advierte copia de las notificaciones de liquidación de cesantías al señor Fernández Alvarado en los años 2004 (\$778.981), 2005 (\$1.148.892), 2006 (\$1.148.892) y 2007 (\$1.138.719)²¹.

De igual forma, obra Oficio 404-2010EE16411 de fecha 2 de marzo de 2011²², a través del cual la Fiduprevisora S.A. informó como la fecha de las cesantías de los períodos comprendidos entre el 2004 a 2009 así:

- «[...]»
- 2004.** Recibido en esta entidad mediante CONTRA 76F7012.zip.
Ingresa al sistema el día 13 de abril de 2005.
- 2005-2007.** Recibido en esta entidad mediante CONTRO 76j9344.zip.
Ingresa al Sistema el día 27 de marzo de 2010.
- 2008.** Recibido en esta entidad mediante la estructura del Programa Humano.
Ingresa al Sistema el día 4 de abril de 2009.
- 2009.** Recibido en esta entidad mediante la estructura del Programa Humano.
Ingresa al Sistema el día 27 de marzo de 2010.
- «[...]»

Además, según extracto de intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Fiduprevisora S.A.²³, se advierten los giros e intereses a las cesantías correspondientes al señor Abiel Fernández Alvarado en los años 2005 a 2009 tal como se observa en el siguiente extracto:

VINCULACION		FUENTE RECURSOS		CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACION DE INTERESES		PRESTACION	VALOR	NRO.RESOLUCION	FECHA PAGO
AÑO	DTF	CESANTIA	INTERES	INTERESES PAGADOS		FECHA	ESTADO		
2005	7.19%	1,148,892	1,148,892	82,605	08 OCT 2009	PRESENTE PAGO			
2006	6.56%	1,148,892	2,297,784	150,735	29 NOV 2010	PRESENTE PAGO			
2007	8.26%	1,138,719	2,287,611	188,957	08 OCT 2009	PRESENTE PAGO			
2007	8.26%	0	1,148,892	94,898	29 NOV 2010	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO			
2008	10.04%	1,150,274	1,150,274	115,488	17 DEC 2009	REPROGRAMACION			
2008	10.04%	0	1,148,892	115,349	29 NOV 2010	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO			
2008	10.04%	0	2,287,611	229,676	08 OCT 2009	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO			
2009	6.24%	1,201,174	1,201,174	74,953	30 MAR 2010	PRESENTE PAGO			
2009	6.24%	0	1,148,892	71,691	29 NOV 2010	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO			
2009	6.24%	0	3,437,885	214,524	17 DEC 2010	REPROGRAMACION			

En el asunto bajo estudio se tiene que el demandante solicita la sanción moratoria por la consignación tardía en el Fomag de las cesantías y los intereses a las cesantías que causó en los años 2003 a 2009, así como los rendimientos financieros que a prorrata hubiere podido generar sus aportes.

Al respecto, es del caso resaltar que solo se hará referencia a las cesantías causadas en los años 2004 a 2009, teniendo en cuenta que el libelista tomó posesión en el cargo de docente oficial de la Secretaría de Educación del

²¹ Folios 17, 18, 29 y 30.
²² Folio 52.
²³ Folio 53.



municipio de Santiago de Cali, a partir del 12 de febrero de 2004, tal como consta en el acta de posesión a que se hizo referencia.

A fin de resolver el problema jurídico es del caso resaltar que el plazo con el que contaba la entidad territorial demandada para consignar al demandante el auxilio de cesantías, vencía el 14 de febrero del año siguiente al de la causación de cada una de las anualidades, según los términos señalados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de manera que la mora o retardo para el efecto comenzaba a contar desde el día siguiente, 15 de febrero siguiente.

Ahora bien, en los documentos obrantes al dossier es válido afirmar que la entidad territorial demandada sí incurrió en mora respecto de los años 2004 a 2009 como se advierte a continuación:

Año	Fecha límite de consignación	Fecha efectiva de consignación	Periodo de mora
2004	14 de febrero de 2005	13 de abril de 2005	15 de febrero de 2005 al 12 de abril de 2005
2005	14 de febrero de 2006	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2006 al 14 de febrero de 2007 ²⁴
2006	14 de febrero de 2007	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2007 al 14 de febrero de 2008 ²⁵
2007	14 de febrero de 2008	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2009 ²⁶
2008	14 de febrero de 2009	4 de abril de 2009	15 de febrero de 2009 al 3 de abril de 2009
2009	14 de febrero de 2010	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2010 al 26 de marzo 2010

En virtud de lo anterior, como no se acreditó que las cesantías del demandante en los años 2004 a 2009 hubieren sido consignadas dentro del término previsto por la Ley 50 de 1990, esto es, antes del 15 de febrero siguiente a cada período de liquidación anual, se tiene en principio, que la entidad territorial demandada incurrió en mora entre el 15 de febrero y el 12 de abril de 2005, del 15 de febrero de 2006 y el 3 de abril de 2009 y del 15 de febrero y el 26 de marzo de 2010.

Ahora bien, como la solicitud administrativa que perseguía el pago de las acreencias derivadas de la consignación tardía de las cesantías anualizadas fue presentada el 26 de marzo de 2009²⁷ ante el municipio de Santiago de Cali, resulta imperioso concluir que el derecho que le asistía al libelista para reclamar la sanción moratoria del auxilio de cesantías para los años 2004 y 2005 se encuentra extinto, no así respecto de los años 2006 a 2009.

En ese orden de ideas, esta Subsección encuentra acreditados los elementos de juicio necesarios para declarar probada de oficio la excepción de prescripción, respecto de la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2004 y 2005.

Finalmente, habrán de negarse las pretensiones dirigidas al reconocimiento y pago de la sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías

²⁴ Día anterior a la fecha en que se generó una nueva mora por la inoportuna consignación del auxilio del año siguiente.
²⁵ Ibidem.
²⁶ Ibidem.
²⁷ Folios 26 y 27.



anualizadas y los posibles rendimientos financieros que hubiere podido recibir de haberse consignado en tiempo sus aportes individuales. Lo anterior, en primer lugar, porque la sanción es una penalidad impuesta por el legislador y al verificar la normativa, la Sala advierte que esta solo contempló el pago de los intereses sin que haga referencia a indemnización alguna por su no pago y; en segundo lugar, respecto a los rendimientos financieros a que tendría derecho el afilado, teniendo en cuenta que este es variable y depende de la gestión que haga el respectivo fondo, no obra en el dossier prueba alguna de que el Fondo hubiere realizado inversiones de los recursos que administra en el dicho período y mucho menos si recibió rendimiento alguno, situación que impide entrar a estudiar un eventual reconocimiento de las aludidas utilidades; máxime cuando la carga probatoria estaba en cabeza del demandante, quien es la parte realmente interesada para que se acceda a lo por él pretendido.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone revocar parcialmente la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar,

Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio 4143.3.13.9476 del 23 de septiembre de 2011, en cuanto resolvió de manera negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías correspondiente a los años 2006 a 2009. Así mismo, declarar probada de oficio la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2004 y 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

A título de restablecimiento del derecho, condenar al municipio de Santiago de Cali a reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, entre el 15 de febrero de 2006 y el 3 de abril de 2009 y del 15 de febrero y el 26 de marzo de 2010.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Negar la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por el no pago a tiempo de los intereses a las cesantías y los rendimientos financieros deprecados, por lo expuesto en la parte motiva.



De la condena en costas

No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA²⁸ vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revocar parcialmente la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Abiel Fernández Alvarado contra el municipio de Santiago de Cali y otro. En su lugar,

Segundo: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio 4143.3.13.9476 del 23 de septiembre de 2011, en cuanto resolvió de manera negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías correspondiente a los años 2006 a 2009.

Tercero: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2004 y 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: A título de restablecimiento del derecho, condenar al municipio de Santiago de Cali a reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, entre el 15 de febrero de 2006 y el 3 de abril de 2009 y del 15 de febrero y el 26 de marzo de 2010.

Quinto: Las sumas reconocidas deberán ser reajustadas conforme con la fórmula expuesta en la parte considerativa de esta providencia. De igual forma, la entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo, de acuerdo con los artículos 192 y 195 del CPACA.

Sexto: Negar las demás pretensiones.

Séptimo: Reconocer personería adjetiva al abogado Cristóbal Martínez García, identificado con cédula de ciudadanía 16.698.468 y portador de la tarjeta profesional 52.339 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de I municipio de Santiago de Cali, según poder a él conferido y adjunto a la plataforma SAMAI.

Octavo: Sin condena en costas en esta instancia.

²⁸ CCA, artículo 171: «Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil».



Radicación: 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)
Demandante: Abiel Fernández Alvarado

Noveno: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el aplicativo “SAMAI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Neiva, nueve (09) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADO PONENTE : JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
RADICACIÓN : 410013333003-2022-00192-01
DEMANDANTE : BERTHA DALY GONZÁLEZ CALDERÓN
DEMANDADO : NACIÓN –MEN – FONPREMA Y OTRO
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. TEMA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de noviembre 25 de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva.

2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA.

2.1. Posición de la parte actora.

Solicitó se declare la nulidad del acto ficto configurado el 12 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada el 11 de agosto de 2021, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías conforme señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (desde el 15 de febrero del 2021 hasta el pago), al igual que la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías, contenida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975¹, a fin de que se restablezca su derecho con el reconocimiento y pago de dicha sanción e indemnización, debidamente indexadas y con intereses moratorios, más las costas.

En el **sustento fáctico** señaló que conforme al régimen prestacional docente² y atendiendo la labor de educadora desempeñada durante el año 2020, le asiste derecho a que los intereses de las cesantías le sean consignados a más tardar el 31 de enero de 2021 y sus cesantías le sean pagadas hasta el 15 de febrero de 2021, sin que las demandadas hubieran cumplido con los aludidos plazos.

¹ También en las Leyes 50 de 1999 y el Decreto 1176 de 1991

² Artículos 3 y 15 de la Ley 91 de 1989 y 57 de la Ley 1955 de 2019

Por lo anterior, solicitó el 11 de agosto de 2021 el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías y sus intereses a "la entidad nominadora", lo cual fue denegado con el acto acusado.

Consideró **vulnerados** los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; artículos 1º de la Ley 52 de 1975, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 99 de la Ley 50 de 1990, 13 de la Ley 344 de 1996, 5º de la Ley 432 de 1998 y 57 de la Ley 1955 de 2019; artículo 3º del Decreto 1176 de 1991, 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998.

El **concepto de la violación** invocó la causal de anulación de haberse expedido el acto administrativo con infracción de las normas en que debió fundarse, pues al denegar la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías del año 2020 (lo que debía realizarse hasta el 15 de febrero de 2021), transgredió el derecho a la igualdad y desconoció que conforme al precedente de la Corte Constitucional³ y del Consejo de Estado,⁴ la Ley 50 de 1990 resulta aplicable a los docentes en virtud del principio de favorabilidad, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla dicha sanción.

Señaló que no se puede escindir la interpretación de la Ley 91 de 1989 y la Ley 50 de 1990, pues al pertenecer al régimen anualizado de cesantías teniendo en cuenta que se vinculó al servicio con posterioridad al 1º de enero de 1990, debe tener la protección que sus cesantías sean canceladas al igual que el resto de empleados públicos del país.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial concentrada realizada el 24 de noviembre de 2022 (archivo 23 Id) señaló que se probó que las demandadas no consignaron el valor de sus cesantías al Fomprema dentro del término establecido, asimismo, el pago de los intereses de las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello, reiterando lo expuesto en el concepto de la violación de la demanda que propende por la prosperidad de las pretensiones.

2.2. Posición de la demandada.

2.2.1. Nación – MEN – Fonprema.

Solicitó se nieguen **las pretensiones** toda vez que carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad (archivo 08 Id) y en relación con **los hechos**, indicó que es cierto que el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, se refiere a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales (FOMAG) como una

³ C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020

⁴ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, sentencia de enero 24 de 2019, Rad. Interno 4854-2014

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, sentencia de julio 10 de 2022, Rad. Interno 0324-2016

Consejo de Estado, sentencia de noviembre 12 de 2020, Rad, interno 1689-2018

Consejo de Estado, sentencia de junio 17 de 2021, sentencia de junio 17 de 2021, Rad. Interno 5865-2019

Consejo de Estado sección Segunda, sentencia de agosto 6 de 2020, C.P. Sandra Liseth Ibarra, Rad. 08001-23-33-000-2013-00666-01(0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial y sin personería jurídica, no obstante, 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.

En las **razones de defensa** precisó que el personal docente en materia prestacional cuenta con un régimen excepcional, dentro del cual se incluye un sistema de reconocimiento y pago de las cesantías⁵ totalmente diferente al dispuesto en la Ley 50 de 1990, arguyendo que el Fonprema – Fiduprevisora reconoce las cesantías a partir de la solicitud que eleva el docente a la Secretaría de Educación a la cual se encuentra vinculado y el pago lo realiza directamente al educador más no una Administradora de Pensiones y Cesantías –AFP, sin que la mencionada Ley resulte aplicable al presente asunto dado que la misma rige para los empleados afiliados a los fondos privados de cesantías.

Manifestó que la Ley 91 de 1989 creó el Fonprema y corresponde al mismo el pago de las prestaciones sociales de los docentes incluyendo las cesantías, precisando que la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se origina por la consignación extemporánea de las cesantías que debe realizarse hasta el 15 de febrero de cada anualidad y una particularidad del mencionado fondo es que no se da dentro del mismo la aludida consignación, pues la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidar estas, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Agregó que el Fonprema no tiene cuentas individuales por docente dado que es un fondo común con unidad de caja y por ello no es posible predicar la consignación tardía de las cesantías del actor, además resulta improcedente la sanción perseguida “debido no solo a que no es posible la generación de esta mora, debido al descuento mensual de los recursos de las entidades territoriales con destino al FOMAG y que corresponde al valor de las prestaciones de los docentes incluidas las cesantías sin que exista consignación por parte del empleador ente territorial, por el contrario la obligación de los empleadores en este sentido es realizar la actividad operativa de liquidación del valor de las cesantías que ya se encuentran en las reservas del FOMAG”.

⁵ Leyes 91 de 1989, 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, Decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

Adicional a lo expuesto, refirió que del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se desprende las siguientes obligaciones inadaptables al régimen de los docentes: i) consignación a una cuenta individual del trabajador que como se viera no existe en el Fonprema que es una cuenta global con unidad de caja, ii) escogencia del fondo de cesantías por el trabajador lo cual no es posible para los docentes que deben afiliarse al Fonprema.

Con fundamento en lo expuesto propuso las excepciones que denominó: i) ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y ii) inexistencia de la obligación; mediante proveído del 2 de noviembre de 2022 (archivo 016 Id) el a quo declaró no probada la primera excepción y difirió la resolución de la segunda al momento de proferir sentencia.

Alegó de conclusión en la audiencia inicial concentrada realizada el 24 de noviembre de 2022 (archivo 23 Id) iterando los argumentos defensivos y solicitó se denieguen las pretensiones.

2.2.2. Departamento del Huila.

Se opuso a **las pretensiones** como quiera que se soportan en una indebida interpretación de las normas que reglas las cesantías anualizadas para el personal docente, quienes gozan de un régimen especial de cesantías dispuesto en la Ley 91 de 1989 y demás normas complementarias, las que no prevén la sanción moratoria para quienes se encuentran inmersos dentro de la modalidad anualizadas de consignación de las mismas (archivo 010 Id).

En relación con **los hechos** indicó que son ciertos los relacionados con los recursos del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, así como la responsabilidad del mismo de realizar el pago de las cesantías e intereses de las cesantías al docente que tenga derecho, como fundamentos de defensa precisó que la Ley 91 de 1989, además de crear el FOMAG para centralizar la administración de los recursos destinados al pago sus prestaciones sociales, unificó el régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo desde el punto de vista prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros que se vincularan con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

Agregó que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional que establece un sistema

anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios, por consiguiente, a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación.

Dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, únicamente a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías.

Sin que lo anterior se equipare a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.

Con fundamento en lo anterior propuso **las excepciones** que denominó: i) inexistencia de la obligación; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva y iii) innominada o genérica; mediante proveído del 02 de noviembre de 2022 (archivo 016 Id) el a quo difirió la resolución de las excepciones al momento de proferir sentencia.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial concentrada realizada el 24 de noviembre de 2022 (archivo 23 Id) reiteró los argumentos defensivos expuestos en la contestación de la demanda y exceptivas que propenden por la negativa de las pretensiones.

2.3. Ministerio público.

No asistió a la audiencia inicial y no rindió concepto (archivo 23 Id).

2.4. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Administrativo de Neiva dictó sentencia el 25 de noviembre de 2022 (archivo 24 Id), negando las pretensiones de la demanda (resolutivo primero) y sin condenar en costas (resolutivo segundo); para llegar a esa decisión, trajo a colación el régimen especial de las cesantías de los docentes, precisando que a partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989, los docentes vinculados con posterioridad a su vigencia son docentes afiliados al Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional.

Agregó que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Adujo que el carácter especial del régimen de los docentes excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, en particular los de empleados públicos del nivel nacional y territorial, pues no es plausible predicar violación al derecho a la igualdad en el régimen de cesantías docentes con respecto a otros regímenes, porque ni siquiera es posible agotar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, atinente a la existencia de un patrón de igualdad o *tertium comparationis* (sentencia CE-SUJ2 No. 001/16).

Refirió que el reconocimiento y pago de las cesantías a luz de la Ley 91 de 1989 es competencia de la Nación – Ministerio de Educación, quien delega conforme el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el reconocimiento de las Secretarías de Educación territoriales certificadas y su pago a través de contrato de fiducia en la Fiduprevisora SA, como administradora del patrimonio autónomo sin personería jurídica FOMAG.

Afirmó que la delegación en las Secretarías de Educación se presenta debido a que los docentes están adscritos a las mismas y son ellas quienes administran sus hojas de vida y expediente administrativo y porque pese a la descentralización de los servicios de educación, fue intención del legislador de la Ley 91 de 1989 conservar en la Nación -a través de un fondo sin personería jurídica- la competencia y responsabilidad del reconocimiento y pago de las pensiones, las cesantías y la prestación de los servicios de salud.

Enfatizó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han concluido que el personal docente tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, contemplada en la Ley 1071 de 2006, no obstante, dicha regla no podía extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, pues se trata de regímenes diferentes.

Añadió que en el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual por parte del ente territorial ni de la Nación – Ministerio de Educación, pues no existe norma legal que imponga la obligación de consignar cesantías sino de realizar aportes en distintas oportunidades a cargo de distintos sujetos, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes y prestar los servicios médicos, cuando éstos y sus beneficiarios los requieran.

Refirió que la sanción e indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 1º de la Ley 52 de 1975, respectivamente, no resultan compatibles con el régimen especial de cesantías de los docentes, porque dichas normas aplican para los trabajadores del sector privado y porque la incorporación que se realiza del régimen de cesantías anualizado para los servidores públicos con la Ley 344 de 1996 en su artículo 13, expresamente excluye el régimen especial de los docentes de la Ley 91 de 1989.

En el caso concreto, indicó que se configuró el silencio administrativo negativo en los términos del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, pues transcurrieron más de tres meses desde que la entidad recibió la reclamación de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sin que la demandada hubiera emitido respuesta alguna, por lo que se entiende que la decisión fue negativa.

Precisó que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por lo tanto, el régimen de cesantías que le es aplicable es el previsto en la Ley 91 de 1989, el cual es un régimen especial y la secretaría de educación territorial realizó el reporte de cesantías e intereses antes del 5 de febrero de 2021 y la Fiduprevisora realizó el pago de los intereses a las cesantías el 31 de marzo de 2021.

Concluyó que a la demandante no le asiste el derecho al pago de la sanción moratoria por la consignación extemporánea de sus cesantías ni la indemnización por el pago tardío de los intereses de dicho auxilio, pues al estar afiliada al Fonprema le resulta aplicable la Ley 91 de 1989 que no establece tal sanción e indemnización.

2.5. El recurso de apelación.

La parte demandante apeló la anterior decisión (archivo 027 Id) solicitando se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso que conforme a la sentencia SU-098 de 2018 y precedente del Consejo

de Estado⁶ el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 resulta aplicable a los docentes, agregando que desde las sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016 se estableció que los docentes se equiparan a los empleados públicos y por ello “les resulta aplicable el régimen general en aquello que no se encuentre regulado en el régimen especial”, tal como ocurre con la sanción moratorio por la consignación tardía de las cesantías “en el único fondo para trabajadores de la educación” contenida en la disposición antedicha.

Refirió que contrario a lo indicado por el *a quo* el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes no es más favorable que el régimen general, pues para aquellos los intereses de las cesantías se calculan aplicando la tasa DTF sobre el capital acumulado que resulta inferior al 12% que se aplica a los demás trabajadores, añadiendo que la Nación – Ministerio de Educación es la responsable de consignar las cesantías de los docentes en el Fonprema como quedó reglado en la Ley 715 de 2001, no obstante, incumple dicha obligación y ello constituye la razón por la cual el aludido fondo no cuenta con los recursos para su cubrimiento, impidiendo además la generación de los intereses al no existir un capital que los cause.

Arguyó que una cosa es el reconocimiento y otra la consignación de las cesantías de los docentes, advirtiendo que en el presente asunto no se controvierte lo primero sino lo segundo y que el *a quo* efectuó una interpretación menos favorable para el docente al excluirlo del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues los educadores son empleados públicos y no existe razón para que sus cesantías sean consignadas extemporáneamente, agregando que si bien no obra prueba de la consignación de las demandadas al Fonprema como afirma el juez de primera instancia, “a causa de esto, es que se incurrió en mora por la falta de consignación de las mismas”.

Señaló que además de asistirle derecho a que sus cesantías se consignen el 15 de febrero de cada año, los intereses de las mismas deben ser pagados antes del 31 de enero conforme a la Ley 52 de 1975 y el artículo 3º del Decreto 1176 de 1991, pues en la Ley 91 de 1989 no están parametrizado dichos términos y al existir un vacío normativo se debe acudir a la norma general como lo estableció la sentencia SU-098 de 2018 acogida en sentencia del Consejo de Estado de agosto 6 de 2020⁷.

Advirtió que, al no contemplarse la sanción moratoria por consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial de los docentes, el Fonprema de manera habilidosa expidió el Acuerdo No. 34 de 1998 en cuyo

⁶ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, sentencia de enero 20 de 2022, Rad. 0800123330093101(1001-2021)

⁷ Radicación 08001233300020130066601(0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020, C.P. Sandra Liseth Ibarra.

artículo 5º “escudaba su actuar irregular de no consignar los recursos correspondientes a las prestaciones y limitando a una periodicidad de tres años para las cesantías parciales”, pero dicha disposición fue anulada por el Consejo de Estado mediante providencia de octubre 31 de 2019⁸.

Frente a la inexistencia de identidad fáctica con la sentencia SU-098 de 2018, advertida por el juez de primera instancia en tanto los demandantes en dicha causa no estaban afiliados al Fonprema, señaló que “no existe sanción por la no afiliación al fondo, la no afiliación al fondo trae como consecuencia lógica que no va a existir una consignación y lo que se puede sancionar a favor del trabajador es la falta de consignación y este es el término contenido en la Ley 50 de 1990”.

Relacionó múltiples providencias del Consejo de Estado proferidas durante los años 2019 a 2022⁹ en las cuales se aplicó el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en favor de los docentes, arguyendo que a dicha disposición se someten tanto los fondos privados como el Fonprema, “por eso insistió en la importancia del decreto de las pruebas para que el juzgado tuviera pleno conocimiento de la fecha exacta de la consignación (...) pero las misma fueron denegadas y cursa a la vez un recurso de apelación ante este honorable Tribunal”.

Resaltó que en el presente asunto no se discute la inexistencia de cuentas individuales en el Fonprema al cual son afiliados forzosamente los docentes, ni la manera como la Fiduprevisora administra los recursos sino la consignación de las cesantías al 15 de febrero de 2021 en dicho fondo, el cual es financiado por la Nación, las entidades territoriales y los aportes realizados por los docentes, no obstante, quedó demostrado que se omitió efectuar la consignación de dicha prestación dentro del término establecido transgrediéndose los derechos del docente.

3. LA SEGUNDA INSTANCIA, CONSIDERACIONES.

3.1. Actuaciones procesales.

El recurso se admitió por auto de marzo 27 de 2023 y al no haber existido solicitud probatoria alguna en segunda instancia el asunto ingresó para emitir sentencia (artículo 247-5 del CPACA modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 del 2021).

⁸ Rad. 1101-03-25-000-2016-00992-00(4473-16)

⁹ Radicados: 08001-23-33-000-2013-006666-01(0833-16), 7601-23-31-000-200900867-01(4854-2014), 11001-315-000-2018-03499-01, 080012333000201400173-01(1688-16), 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-2017), 08001-23-31-000-2014-00815-01(4979-2017), 19001-23-33-000-2015-00455-02(0483-20), 08001-23-33-000-2014-01127-01(1002-2021), 4001-23-40-000-2017-00134-01(2208-2020), 08001-23-40-000-2015-9008-01(2387-2020), 08001-23-40-000-2014-90022-01(5154-2016), 080001-23-33-000-2017-00931-01(1001-2021), 08001-23-33-000-2015-0075-01(2660-2020) y 07001-23-40-000-2017-00795-01(2659-2020).

3.2. Competencia y validez.

La Corporación es competente para dirimir esta instancia de conformidad con el artículo 153 del CPACA y a ello se procede por cuanto no se avizoran circunstancias que invaliden lo actuado y las partes están legitimadas en causa, pues mediante el acto acusado, la parte demandada le negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías y la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses de las mismas, de ahí el interés en que se resuelva esta instancia.

3.3. Problema jurídico.

Se plantea el Tribunal el siguiente problema jurídico:

- i) ¿Debe revocarse la sentencia de primera instancia, porque a la demandante en su calidad de docente oficial tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías causadas en el año 2020 (art. 99 Ley 50 de 1990), al igual que la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses de las mismas (art. 1º Ley 52 de 1975) y por ello deben anularse los actos demandados al estar incurso en las causales de nulidad invocadas que generan el restablecimiento incoado?
- ii) ¿Se configuró el acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de las demandadas en relación con la petición radicada por la demandante el 11 de agosto de 2021?

La tesis del Tribunal es que a la demandante no le resultan aplicables la Ley 50 de 1990 ni la Ley 52 de 1975 que prevén la sanción moratoria e indemnización pretendida, sino la Ley 91 de 1989 que no contiene las mismas, en tal virtud no hay lugar a la anulación de los actos demandados, debiendo adicionarse la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la existencia del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de las demandadas en relación con la petición radicada por el demandante el 11 de agosto de 2021.

3.4. Régimen legal del auxilio de cesantías de los docentes.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyo fin es atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de esta Ley y con posterioridad a ésta, para lo cual el

gobierno nacional suscribió contrato de fiducia mercantil con la Fiduprevisora para la administración del aludido fondo (art. 3 y 4).

La norma en comento clasificó los miembros del Magisterio de la siguiente manera: i) Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional, ii) Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, iii) Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 (art. 1º).

Así mismo, la Ley 91 de 1989 reguló lo concerniente a las prestaciones sociales de los docentes causadas a partir de su promulgación en los siguientes términos:

“5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.” (art. 2º, Subrayado del Tribunal)

Respecto del derecho a percibir el auxilio de cesantías, el artículo 15-3 de la referida Ley consagró expresamente este derecho en favor de los docentes, estableciendo las siguientes obligaciones del Fonprema en el pago de dicha prestación:

i) El Fondo de Prestaciones del Magisterio debe pagar a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 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 este no ha sido modificado en los últimos tres meses o, en caso contrario, sobre el salario promedio del último año

ii) Para los docentes que se vinculen a partir del 1º 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 FOMAG debe reconocer y pagar un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera.

3.5. La sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías.

La Ley 91 de 1989 nada estableció acerca del derecho de los docentes a la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías.

Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹⁰, consagra lo referente al pago de las cesantías y a su vez, la sanción moratoria por incumplir dicho pago dentro del término estipulado:

“ARTÍCULO 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (...)” (Subrayas del Tribunal)

Pese a que la norma transcrita se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo – CST, con la expedición del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, se extendieron las disposiciones concernientes a las cesantías de la Ley 50 de 1990 (régimen anualizado de cesantías) a todos los servidores que se vinculen con el Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”:

ARTÍCULO 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y **lo estipulado en la Ley 91 de 1989**, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- 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;

PARÁGRAFO. - El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. (Subrayado y resaltado del Tribunal)

¹⁰ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Por su parte, el artículo 1º del aludido Decreto 1582 de 1998 señaló:

"ARTÍCULO 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998." (Subrayado del Tribunal)

Conforme al anterior marco normativo concluye el Tribunal:

i) La sanción moratoria es un castigo o penalidad impuesta por el legislador para el empleador por no consignar oportunamente las cesantías en el fondo, la cual consiste en un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías. El plazo para consignar las cesantías al fondo de cesantías vence el 14 de febrero de cada año, así que la sanción corre desde el 15 de febrero hasta que se realice la consignación.

ii) Los docentes oficiales si bien ostentan la calidad de servidores públicos (lo cual no se discute en esta oportunidad), no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de cesantías de la Ley 50 de 1990 y por ende no resultan beneficiarios de la sanción moratoria dispuesta en su artículo 99-3, pues el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 que hizo extensiva dichas disposiciones a los trabajadores del Estado excluyó a los educadores al señalar "sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989", esto es, el régimen de los docentes que no contempla la aludida sanción.

3.6. La indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

Se tiene que la Ley 91 de 1989 no previó fecha para el pago de los intereses de las cesantías de los docentes ni indemnización alguna por el pago tardío de los mismos, no obstante, el artículo 4º del Acuerdo No. 039 de diciembre 15 de 1998¹¹ expedido por el Consejo Directivo del Fonprema previó que dicho pago se realizará en el mes de marzo de cada año siguiente, para los reportes recibidos oportunamente a 5 de febrero, o en el mes de mayo, para los reportes recibidos hasta el 15 de marzo, y para reportes posteriores se hará programación posterior de pago:

"ARTÍCULO 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 periodo comprendido entre el seis (6) de

¹¹ 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; ver en www.fomag.gov.co

febrero y hasta 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, programará pagos posteriores de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 52 de 1975 señaló que a partir del 1º de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantías a sus trabajadores conforme al CST, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que a 31 de diciembre de cada año tenga este a su favor por concepto de cesantía, los cuales se pagarán en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron y si ello no ocurre “deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados”.

Como en precedencia se estableciera, la liquidación y pago de las cesantías de los docentes no se somete a las previsiones del CST y por ello no resultan acreedores de la sanción moratoria por su consignación inoportuna que prevé el artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990¹², por lo que igual suerte corren los intereses de dichas cesantías y en tal virtud no se someten a las previsiones del Decreto 52 de 1975¹³ que reconoció dicha prestación a los trabajadores particulares.

Así las cosas, los intereses a las cesantías de los docentes se someten al artículo 15-3 de la Ley 91 de 1989 el cual prevé que se reconocerán y pagarán sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera, previéndose como fecha de pago los meses de marzo o mayo del año siguiente a su causación (art. 4 Acuerdo 39 de 1998) sin establecerse sanción alguna por su pago inoportuno.

3.7. Inaplicación de la sentencia SU-098 de 2018.

En torno a la aplicación a los docentes estatales de los artículos 1º del Decreto 52 de 1975 y 99-3 de la Ley 50 de 1990 sobre sanción moratoria por el pago tardío de intereses y de las cesantías, la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018 señaló que debe pagarse a ellos la sanción moratoria prevista en dichas reglas, empero, la misma no puede aplicarse al presente caso porque no es absoluta y tiene aspectos fácticos particulares que deben evaluarse, como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia SU-573 de 2019:

“68. Ahora bien, durante el trámite de la acción de tutela, los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 2018^[115], por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió sobre el “pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada en la ley, así como de los intereses y

¹² Por el cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones

¹³ Por el cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo”^[116]. A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine respecto del cual se pueda evidenciar prima facie una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, (ii) no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, **la ausencia de identidad fáctica también “impide aplicar el precedente al caso concreto”^[117], como pasa a explicarse:** (Resalado propio)

CRITERIOS	SENTENCIA SU-098 DE 2018	CASO SUB EXAMINE
Vinculación	Docente en provisionalidad .	Docentes inscritos en el escalafón docente de carrera con nombramiento en propiedad .
Vigencia del vínculo laboral	El vínculo del docente terminó , dado que se acogió a lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002. Por tal razón, la Secretaría de Educación de este municipio expidió la Resolución N° 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007, por la cual reconoció el pago de las prestaciones sociales definitivas e informó que el pago se realizaría en el respectivo Fondo de Cesantías.	Actualmente, los docentes se encuentran vinculados con el Departamento del Atlántico y su vínculo laboral se ha mantenido vigente sin solución de continuidad ^[118] .
Afiliación al FOMAG	El docente nunca fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo, por un error interno.	Los docentes sí fueron afiliados al FOMAG.
Reclamación efectiva de pago de las cesantías	Una vez culminó su relación laboral con el Municipio de Santiago de Cali, al docente le reconocieron el pago de las prestaciones sociales, entre estas, las cesantías.	Los docentes no reclamaron el pago efectivo de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003 . No obstante, sí solicitaron el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías por dicho periodo.
Tipo de sanción moratoria reclamada	El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos.	Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

En esa medida, no es posible la aplicación de un precedente sin que se evalúen las condiciones específicas del caso y si existen diferencias fácticas o jurídicas, simplemente no es un precedente a ser aplicable al caso en evaluación.

3.8. Caso concreto.

Si bien no obra en el plenario los actos administrativos referentes a la vinculación de la demandante como docente, se allegó extracto de los intereses de las cesantías expedido por el Fonprema (pág. 47 archivo 01 Id), en el cual se entrevé que la docente causa cesantías desde el año 1993, por lo que su vinculación como educadora se realizó por lo menos desde dicha anualidad.

Mediante oficio HUI2021EE001933 del 28 de enero de 2021 (pág. 31 archivo 010 Id), el Secretario de Educación del departamento del Huila remitió a la Fiduprevisora reporte de las cesantías de los docentes activos y retirados, sin que se hubiera realizado liquidación individual de dicha prestación.

El 11 de agosto de 2021 la demandante solicitó a las demandadas el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías del año 2020, al igual que la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías de dicha anualidad (pág. 42 a 46 archivo 01 expediente digital), sin que como lo indicó el *a quo* en proveído del 02 de noviembre de 2022 (archivo 16 Id) se hubiese arrimado al plenario respuesta de fondo a dicha petición, configurándose así el acto ficto cuya nulidad se depreca, debiendo adicionarse la sentencia de primera instancia para declarar su existencia.

Ahora, en el presente asunto, pretende la parte demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías causadas en el año 2020, al igual que la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses de las mismas, lo cual denegó el *a quo*, decisión que no comparte el actor advirtiendo, en términos generales, que conforme al precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado la Ley 50 de 1990 resulta aplicable a los docentes y por ello tiene derecho a la consignación oportuna de las cesantías, lo mismo que sus intereses.

Sea lo primero advertir que el legislador con la Ley 50 de 1990 estableció una sanción económica para los eventos en que se consigne extemporáneamente las cesantías para los trabajadores cobijados por el CST, no obstante, con la Ley 344 de 1996 de manera diáfana extendió dicha sanción en favor de los servidores estatales, excluyendo a los docentes quienes cuenta con un régimen especial de reconocimiento y pago de prestaciones (incluyendo cesantías) como atrás se estableciera, lo cual resulta suficiente para denegar las pretensiones de la demanda como lo hiciera el *a quo*, no obstante, procede el Tribunal a abordar los argumentos esgrimidos por el demandante en su alzada.

Frente al alegado desconocimiento del precedente del Consejo de Estado en el que se aplica la Ley 50 de 1990 a los docentes, el Tribunal encuentra que todas las sentencias citadas tanto en el escrito de demanda como en el recurso de apelación no constituyen precedente unificador de carácter vinculante en los términos de los artículos 10, 102 y 270 del CPACA y 7º del CGP, razón por la cual los citados pronunciamientos no se acogen, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 citada por el misma apelante:

“De otro lado, como lo dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado, no existe una posición unificada respecto a la aplicación de la norma de reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes. En consecuencia, no es posible afirmar que se desconoció el precedente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Ahora, si bien la demandante trajo la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 de agosto 6 de 2020, en dicha oportunidad el Consejo de Estado determinó el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 en favor de la Secretaria de Salud del municipio de Sabanagrande (Atlántico), sin efectuar análisis alguna en torno a la aplicación de dicha sanción en favor de los docentes, razón por la cual al no existir similitud fáctica con el presente asunto no hay lugar a su aplicación.

Advierte el Tribunal que recientemente la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado en sentencia de enero 19 de 2023¹⁴, concluyó que a los docentes les asiste derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías en virtud del criterio de favorabilidad aplicado por la Corte Constitucional:

“Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si el demandante es beneficiario de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.”

De la anterior decisión también se aparta esta Corporación, de un lado, porque no obra en el ordenamiento jurídico dos disposiciones que ofrezcan un trato diferenciado a los docentes oficiales frente a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías, lo cual impide que se acuda al principio de favorabilidad, y de otro lado, porque la providencia en comento no constituye

¹⁴ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, sentencia de enero 19 de 2023, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)

precedente unificador de obligatorio acatamiento (artículos de los artículos 10, 102 y 270 del CPACA y 7º del CGP), como ya se había indicado.

Adicionalmente, la apelante invocó la sentencia SU 098 de 2018, en la cual se concluyó que en virtud del principio de favorabilidad los docentes (sin especificar si son particulares u oficiales) resultan beneficiarios de la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías prevista en la Ley 50 de 1990; decisión de la cual se aparta este Tribunal al considerar que no resulta aplicable por las siguientes razones:

i) No aplicabilidad del principio de favorabilidad en el presente asunto.

El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social, respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.¹⁵

En esta oportunidad no obran en el ordenamiento jurídico dos disposiciones que ofrezcan un trato diferenciado a los docentes frente a la sanción moratoria por la consignación retardada de sus cesantías, lo que se aprecia claramente es que dicha sanción se contempló inicialmente en forma exclusiva en favor de los trabajadores de derecho privado con la Ley 50 de 1990 y posteriormente la Ley 344 de 1996 la extendió a los servidores públicos, excluyendo sin lugar a equívocos a los docentes, por lo que no se trata del conflicto de dos normas sobre el mismo tema ni de interpretaciones encontradas, estamos en presencia de la voluntad legislativa que quiso no conferir la mencionada sanción a los educadores y ello guarda correspondencia con su régimen especial en el que no existe la misma, por lo que no hay lugar a acudir al principio de favorabilidad.

ii) Afectación del principio de inescindibilidad normativa.

Según el principio inescindibilidad normativa debe aplicarse un cuerpo normativo en su integralidad, ya que no es dable tomar los aspectos más benéficos de varios regímenes para crear uno diferente que favorezca intereses particulares en desmedro de la seguridad jurídica¹⁶.

¹⁵ SU-267/19

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia de febrero 20 de 2020, C.P. Carmelo Darío Perdomo Cuéter, Rad. 73001-23-33-000-2014-00641-01

Considera la Sala que acudir a la Ley 50 de 1990 en cuanto la forma de liquidación y pago de las cesantías a los docentes, se traduce en una afectación del principio antes aludido, en tanto la Ley 91 de 1989 reguló íntegramente lo concerniente a las prestaciones sociales de los docentes, incluyendo las cesantías, en tal virtud no hay lugar a acudir al régimen de los trabajadores de derecho privado.

iii) La naturaleza del Fonprema no corresponde a la de un fondo privado.

Resalta el Tribunal que en la sentencia SU- 098 de 2018 se trató el caso de un docente que “no fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo por un error interno”, supuesto fáctico que no corresponde al del presente asunto en que el actor sí fue afiliado al aludido fondo, razón suficiente para que el antedicho precedente no tenga aplicabilidad en esta causa.

Es que la Corte Constitucional no analizó en la sentencia en comentó la naturaleza del Fonprema, el cual fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta común y especial de la Nación, con independencia contable y estadística para atender las prestaciones sociales de los docentes, constituyendo un patrimonio autónomo cuyos recursos son administrados por la Fiduprevisora, sin contemplarse la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, lo cual es propio de los fondos administradores de cesantías creados por el artículo 99-6 Ley 50 de 1990, tal y como lo prevé el artículo 2º del Decreto 1582 de 1998.

En tal virtud, al no existir la obligación de consignar las cesantías de los docentes en cuentas individuales, no se cumplen con los supuestos descritos en el artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990 para que opere la sanción moratoria pluricitada y por ello no hay lugar al reconocimiento de la misma.

iv) Reconocimiento de la sanción moratoria a los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996.

La sentencia de unificación en comentario fue enfática en concluir que la Ley 50 de 1990 resulta aplicable a todas las personas, incluyendo los docentes, que se vinculen con el Estado a partir del 31 de diciembre de 1996:

- “En principio, las normas sobre cesantías que establece la Ley 50 de 1990 sólo eran aplicables a los trabajadores que se vinculaban mediante contrato de

trabajo y que se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996, artículo 13, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, el régimen anualizado de cesantías se extendió a todas las personas que se vincularan con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.

- La Ley 50 de 1990 (i) no hace referencia explícita a los docentes; y (ii) aplica para los trabajadores que se vinculen mediante contrato de trabajo y se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y también a todas las personas que se vinculen con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996."

Se evidencia que la demandante tuvo su vinculación como docente por lo menos desde el año 1993, como en reglones anteriores se indicara, por lo que de aceptarse que la sentencia SU- 098 de 2018 cobija al demandante y en tal virtud resulta acreedor de la sanción moratoria por la consignación extemporánea de sus cesantías, evidencia la Sala no haberse demostrado que la parte demandada hubiera incurrido en la referida mora, tampoco se indicó en la demanda el periodo de tiempo en que se incumplió dicha obligación menos se demostró el mismo, incumpliendo el demandante la carga probatoria que le asistía lo que impediría el reconocimiento de su derecho.

Contrario a lo advertido por la apelante, el *a quo* decretó las pruebas respectivas mediante proveído del 2 de noviembre de 2022 (archivo 016 Id) y consultada la plataforma digital SAMAI, evidencia la Corporación que no está pendiente de resolverse recurso de apelación contra auto alguno que hubiera denegado pruebas, por lo que la presente controversia debe resolver con los medios de convicción legalmente incorporados, los cuales resultan insuficiente para tener por acreditada la mora en la consignación de las cesantías y de sus intereses.

De otra parte, el argumento del apelante referente a que el régimen general de liquidación de cesantías resulta más benéfico que el establecido para los docentes, el Tribunal no lo comparte, por lo ya referido y además por lo que a continuación se indica.

Para 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 (art. 99 Ley 50 de 1990); nótese que a diferencia de los docentes 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 Superintendencia Financiera, de acuerdo a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período (art. 15-3 Ley 91 de 1989).

En suma, no es posible deducir discriminación alguna en la forma como se liquida las cesantías y sus intereses para los docentes, lo que ocurre es que atendiendo a las particularidades de cada régimen se efectúa dicha liquidación y pago, así lo ha establecido la Corte Constitucional:

“CESANTIAS DE DOCENTE-Liquidación de intereses/**DERECHO A LA IGUALDAD DE DOCENTE**-No vulneración por liquidación de intereses de cesantía diferente a la regulada en la Ley 50/90.

El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna.¹⁷” (Resaltado propio)

Por último, como en acápite precedente se estableciera, el pago de los intereses de las cesantías de los docentes se somete a los artículos 15-3 de la Ley 91 de 1989 y 4º del Acuerdo 39 de 1998 del Fomprema, el cual establece como fecha de pago de los antedichos intereses los meses de marzo o mayo del año siguiente a su causación, según la fecha en que haya sido remitida la información a la Fiduprevisora.

Ahora, se acreditó que el pago de los intereses le fue realizado en tiempo a la demandante, el 31 de marzo de 2021, por valor de \$316.059 (pág. 48 archivo 01 expediente digital y pág. 4 archivo 18 Id) sin incurrir en mora alguna.

Bajo las anteriores consideraciones no se acogen los argumentos de la alzada en cuanto propende por la aplicación en favor de la demandante de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías y la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las mismas, por lo cual habrá de confirmarse la decisión impugnada en cuanto denegó las pretensiones.

4. Costas.

Atendiendo lo establecido en el artículo 188 del CPACA adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no hay lugar a condenar en costas, por cuanto no se aprecia carencia de fundamentos legales en los argumentos esgrimidos en la

¹⁷ C-928/06.

apelación, además no encuentra la Sala que se hayan causado ni acreditado como exige el artículo 365-8 del CGP.

5. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** la existencia del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de las demandadas en relación con la petición radicada por la parte demandante el 11 de agosto de 2021.

SEGUNDO CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva.

TERCERO: SIN CONDENA en costas.

CUARTO: ORDENAR que en firme esta providencia y cumplido lo anterior, se remita el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados, con firma electrónica en Samai

JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO

RAMIRO APONTE PINO

MIGUEL AUGUSTO MEDINA RAMÍREZ

Bogotá, agosto de 2023

Señores
CONSEJO DE ESTADO
E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA interpuesta por **BERTHA DALY GONZALEZ CALDERON** contra la sentencia proferida el día **5/9/2023**, en segunda instancia por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**, dentro del expediente rad. No. **41001333300320220019201**.

Honorables consejeros:

YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. **89.009.237 de Armenia** y **T. P. 112.907 del C.S. de la J.** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado del (la) Docente **BERTHA DALY GONZALEZ CALDERON** identificado (a) con cédula de ciudadanía número **26491860**, acudo ante su despacho con el fin de solicitarle el amparo constitucional establecido en el Artículo 86 de la Constitución Política denominado **ACCIÓN DE TUTELA** con el objeto que protejan los derechos fundamentales: **AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO, GARANTÍA A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PERPETUATIO JURISDICTIONIS, SEGURIDAD JURÍDICA, AL DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL**, vulnerado por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA**, con ocasión de la expedición de la sentencia del **5/9/2023**, dentro del proceso Ordinario Contencioso con Radicado No. **41001333300320220019201**, con fundamento en los siguientes:

I. HECHOS

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

1. El (la) docente **BERTHA DALY GONZALEZ CALDERON**, labora al servicio de la Secretaría de Educación de **Neiva**, vinculada con posterioridad al 1 de enero de 1990. Es decir que por la fecha de su vinculación tiene derecho al reconocimiento y pago de cesantías por el régimen anualizado, con pago de interés cada año.
2. El 15 de febrero del año 2021, no le fueron consignadas sus cesantías por parte de **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (como patrono) al Fomag** – fondo al que pertenece como trabajador del estado y que le corresponden por sus servicios prestados en el año 2020.
3. El **8/11/2021**, al haber transcurrido más de 5 meses sin que fuera realizada su consignación **EFFECTIVA EN EL FOMAG**, solicitó además de su pago, también

el reconocimiento de la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y en la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado Sección Segunda.

4. **La entidad pública demandada en el proceso contencioso administrativo, COMO PATRONO**, en vez de efectuar una respuesta de fondo, O PROCEDER A LA CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS, remitió la solicitud a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para que otorgara respuesta a la solicitud, siendo esta última entidad la encargada de los recursos del FOMAG, no sobre quien recae la obligación de la consignación como patrono, pero hasta la fecha de presentación de esta acción de tutela, nunca se obtuvo respuesta, por lo que se procedió a demandar el acto ficto negativo.
5. El **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE NEIVA** en sentencia del 11/25/2022, negó las súplicas de la demanda,
6. Contra la decisión de primera instancia, dentro del término legal, presentamos respetuosamente **RECURSO DE APELACIÓN**, por considerar que no solo la ley, sino la abundante jurisprudencia constitucional de unificación y de este órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo tanto en el año 2019, 2020, 2021 y 2022 y las sentencias notificadas al inicio del presente año, ya despejaron las dudas sobre la aplicación de manera pacífica de la ley 50 de 1990, a los docentes oficiales, en igualdad de condiciones que al restante de empleados públicos de Colombia.
7. El Tribunal Administrativo del Huila en sentencia proferida el día 5/9/2023, decidió confirmar la decisión del a-quo.
8. Al considerar que la decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**, con todo el respeto, no apareja el contenido de la ley, de la abundante jurisprudencia constitucional y de este órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, presentamos esta acción de tutela para protección de los derechos fundamentales que le fueron conculcados a mi representada.

II. PRETENSIONES

1. Se declare que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA** en la sentencia proferida el día 5/9/2023, en el expediente rad. No. 41001333300320220019201, transgredió los derechos fundamentales: **AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO, GARANTÍA A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PERPETUATIO JURISDICTIONIS, SEGURIDAD JURÍDICA, AL DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL**, del accionante, por considerar que las razones de la decisión no se ajustan a los postulados de la ley y a la abundante jurisprudencia constitucional y de este órgano de cierre en la jurisdicción

contencioso administrativo, por lo que se encuentra vulnerando los derechos fundamentales por parte del accionado.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**; dejar sin efectos la providencia referida en el numeral anterior y se profiera una nueva, atendiendo la multiplicidad de precedentes judiciales que sobre el tema edificó la Corte Constitucional en las sentencias **SU 098 de 17 de octubre de 2018** y el de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante diferentes decisiones ordenando el reconocimiento y pago de la sanción por mora como fue solicitada en la demanda, de acuerdo a los postulados establecidos en los siguientes expedientes:

3. CORTE CONSTITUCIONAL				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
1	Exp. T-6.736.200	17 de octubre de 2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 098/2018 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
2	Exp. T-5904426 y otros	25 de julio de 2019	Dr. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 332/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
3	Exp. T-7.182.312 y otros	6 de febrero de 2020	Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 041/2020 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
1	08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)	6 de agosto de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014	24 de enero de 2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
3	11001-03-15-000-2018-04617-01	17 de junio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS – Dr. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
4	11001-03-15-000-2018-04679-01	28 de junio de 2019	Dr. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS	Dra. NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN – Dr. HERNANDO SANCHEZ SÁNCHEZ
5	11001-0315-000-2018-03499-01	29 de julio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
6	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	2 de diciembre de 2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
7	08001-23-33-000-2014-00208-01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
8	08001-23-31-000-2014-00254-01 (4960-2017)	22 de octubre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL

				VALBUENA HERNÁNDEZ
9	08001-23-33-000-2014-00132-01	12 de noviembre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
10	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017)	17 de junio de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
11	08001-23-33-000-2015-00331-01	17 de junio de 2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
12	19001-23-33-000-2015-00445-02(0483-20)	4 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
13	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
14	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
15	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
16	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
17	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
18	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
19	76001-23-33-000-2013-00756-01 (2224-2020)	28 de abril de 2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA
20	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
21	47-001-23-33-000-2019-00359-01 (4004-2021)	19 de mayo de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
22	47-001-23-33-000-2019-00376-01 (4462-2021)	1 de julio de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
23	08001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22 de Agosto de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
24	08001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22 de Septiembre de 2022	Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

25	76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)	19 de enero de 2023	Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ	DR. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS – Dr. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ
26	47001-23-33-000-2018-0231-01 (0871-2020)	26 de enero 2023	DR. RAFAEL FRANCISCO GOMEZ	DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ – Dr. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA UNA PROVIDENCIA JUDICIAL

La jurisprudencia ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando éstas son el resultado de una actuación arbitraria o caprichosa del funcionario judicial constitutiva de una vía de hecho.

Se ha advertido por la H. Corte Constitucional que las acciones u omisiones constituyen vía de hecho, cuando contrarían el ordenamiento jurídico, y suponen su radical negación, encontrándose los jueces de tutela en obligación de proteger el derecho al debido proceso de las partes afectadas con tal conducta, razón por la que resulta procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, más aún cuando la jurisprudencia ha dado un giro de modo tal que el concepto de vía de hecho se ha remplazado por el de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” los cuales suponen la posibilidad de atacar mediante la acción de tutela las sentencias judiciales por defectos que no necesariamente deben suponer una interpretación grosera y abusiva de las normas, pues se incluyen aquellos casos en los que el juez se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

En cuanto al cumplimiento de los requisitos generales y específicos, que la jurisprudencia ha determinado, para la procedencia de la acción de tutela contra el fallo judicial, se encuentra que por lo anteriormente expuesto, es dable plantear esta acción constitucional contra el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**, por cuanto se evidencia una serie de irregularidades sustantivas presentadas al interior de la decisión judicial del 5/9/2023, en el proceso con radicado 41001333300320220019201; razón por la cual, el accionante acude con este mecanismo judicial a solicitar el amparo de los derechos fundamentales vulnerados.

Entonces resulta que es más gravosa la situación de los docentes que ya se encuentran afiliados al FOMAG, pues según la decisión tutelada, la cual determina que el Ministerio de Educación Nacional no debe girar los recursos de las cesantías en debida forma. **SOLO ESTA OBLIGADO PARA QUE SE GENERE LA SANCION POR MORA A LAS CESANTIAS**, de quienes no se encuentran afiliados al Fomag. Esto es una situación Honorables Magistrados que está sujeta a una efectiva corrección de orden legal.

El Ministerio de Educación Nacional en su posición dominante de patrono, debe acogerse a los postulados legales, que garanticen los derechos laborales de los docentes de la educación pública, si bien es cierto de la evolución normativa, se desprende la descentralización del servicio educativo en cabeza de las entidades territoriales, lo cierto es que ninguna ley ha despojado o sustraído a la Nación – MEN, de la obligación legal de

consignar al Fondo los recursos correspondientes a las prestaciones y de esta manera garantizar el funcionamiento efectivo del Fondo Prestacional y evitar detrimento de los recursos públicos, como debió haber sido determinado por la sentencia del 5/9/2023, en el proceso radicado 41001333300320220019201, por parte del Tribunal Administrativo del Huila, circunstancia que no acaeció.

Para terminar, si existiera UNIDAD DE CAJA entre el MEN y el FOMAG, esta última **podría disponer de recursos para el pago de pensiones o cesantías de los docentes**, que son para infraestructura educativa o para el giro de las Universidades públicas o para cientos de actividades más que realiza el MEN, como el pago de subsidios a estudiantes de universidades, compra de material de actividades curriculares, etc, situación que despeja la inquietud y desvirtúa de pleno derecho, el argumento expuesto por la decisión tutelada y por lo tanto se solicita en el acápite de PRETENSIONES, la debida corrección de la sentencia en protección de los derechos fundamentales señalados a mi mandante.

Ahora bien, es menester señalar que la acción de tutela es un mecanismo que permite a los ciudadanos acudir ante las autoridades judiciales con el fin de obtener protección de manera expedita a sus derechos fundamentales, cuando se consideren vulnerados o amenazados, bien sea por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, esta acción constitucional se encuentra reglada a través del artículo 86 de la Constitución Política, así:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Por su parte el Decreto Ley 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, estableció:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción”.

En este orden de ideas es un instrumento: **i)** subsidiario, porque solo procede en los casos que no existiere otro mecanismo de defensa judicial idóneo, excepto que se pretenda evitar un perjuicio inminente a los derechos fundamentales, de conformidad con el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que dispuso: “1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”, **ii)** inmediato, por cuanto su finalidad es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar, de acuerdo al artículo 18 del Decreto 2591 de 1991 que señaló: “El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”, **iii)** sencillo, en tanto no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio, no requiere la intervención de abogado y puede ser presentando por cualquier ciudadano, **iiii)** específico, debido a que fue creado como un mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales y **v)** eficaz, comoquiera que siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo, ya se para acceder o negar las pretensiones del libelo de la acción de tutela.

Ahora, si bien es cierto por regla general no procede la acción de tutela contra providencias judiciales, también lo es que este recurso de constitucionalidad contra sentencias es un eje central en el sistema de garantía de los derechos fundamentales. En consecuencia, este mecanismo en esta instancia, no solo se convierte en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando los mismos han sido vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad judicial, además, sirve también como un instrumento encaminado para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios que ya se encuentran definidos y tramitados, únicamente desde la arista del derecho legislado. Es decir, que este recurso de amparo contra sentencias es el instrumento para actualizar el derecho y que se nutra de valores y en general principios y derechos que deben gobernar un Estado Social y Democrático de Derecho.

Luego entonces, la acción de tutela contra providencias judiciales está concebida como un procedimiento cautelar que garantiza la efectividad del derecho fundamental al debido proceso de otro proceso judicial, en el que se ha vulnerado presuntamente este derecho,

por lo que se trata de una pretensión de prevención y de protección. En este mismo sentido, este recurso de amparo ostenta el carácter de excepcional y residual, procurando que cuando no exista otro medio de defensa, se pueda garantizar la aplicación de los derechos fundamentales en el proceso principal y se le prohíbe pronunciarse sobre el asunto de fondo lo cual es de competencia del juez de conocimiento. Ahora bien, es necesario puntualizar que la acción de tutela como procedimiento cautelar esté ligado a otro proceso es completamente autónomo con relación a lo que se discute en proceso en que se incurrió en una vía de hecho que busca garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Es por ello, que en la Sentencia C-590 de 2005 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la cual analizó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 185 parcial de la Ley 906 de 2004, precisó una serie de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro de los cuales podían distinguirse unos de carácter general que habilitan la interposición de la tutela y otros de carácter específico que van encaminados a la procedencia de la acción constitucional.

En razón a lo anterior, se realizará un recuento de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, para luego poder aterrizar al caso en concreto y analizar porque el presente asunto si goza de procedencia.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que se establecieron los requisitos generales, así:

1. Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional, ya que no es plausible que el juez constitucional llegare a estudiar cuestiones que no sean de importancia constitucional; luego entonces, el juez de tutela deberá indicar con claridad y expresamente porqué la cuestión a debatir tiene relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de quien la solicita.

Sobre este particular específicamente (relevancia constitucional), en sede de tutela, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, mediante providencia del 23 de marzo de 2023, se refirió en los siguientes términos:

“Como consecuencia de lo anterior, esta corporación ha considerado que es necesario estudiar las solicitudes de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, para lo cual corresponde verificar cuáles son esos <parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente> como se indica en aquella decisión.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005 para establecer la procedencia de la tutela como mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional. En ese sentido, se consideró que esta solicitud se puede presentar además contra decisiones de las altas cortes que desconozcan derechos fundamentales.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que la solicitud de amparo debe cumplir con unos requisitos generales de procedencia. Estos son; i) que sea relevante constitucionalmente; ii) que no se trate de tutela contra tutela; iii) que se haya presentado dentro de un plazo prudencial, el cual se ha denominado inmediatez; y iv) que se haya acudido a ella en forma subsidiaria, es decir, que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar improcedente el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

A continuación, y de acreditarse el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez deberá realizar un análisis de los posibles yerros en que incurrió la autoridad judicial, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirman vulnerados. En ese escenario, para la prosperidad de la solicitud de amparo, debe verificarse lo siguiente: i) la configuración de alguno de los requisitos específicos alegados por el interesado; y ii) que el vicio o defecto sea de tal trascendencia que implique la amenaza o la afectación de derechos fundamentales.

Es decir, el operador judicial debe verificar que la transgresión sea de tal entidad que incida en el sentido de la decisión y que con la solicitud no se intente reabrir el debate que se había planteado en la instancia correspondiente.

2.3. Problema jurídico

La Sala deberá definir si: ¿El Tribunal Administrativo del Huila vulneró los derechos fundamentales de Piedad Puentes Méndez con ocasión de la sentencia del 7 de febrero de 2023, a través de la cual confirmó la negativa frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías anualizadas, con la cual incurrió, presuntamente, en desconocimiento del precedente?

2.4. Análisis de la Sala

2.4.1. Sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

La Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la solicitud de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.

2.4.2. Sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

La Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la solicitud de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.

(...)

En este punto, en cuanto al desconocimiento de precedente alegado se recuerda que un análisis sistemático del artículo 230 de la Constitución Política permite afirmar que le corresponde a los jueces respetar los precedentes de las altas cortes como un imperativo derivado del principio de igualdad; y, un medio para promover la seguridad jurídica, la confianza de la sociedad en la estabilidad, la predictibilidad de las decisiones judiciales y la unificación de la interpretación de las normas jurídicas. Adicionalmente, el principio de legalidad ordena un manejo adecuado de estos, como medio para erradicar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, presupuestos esencial del Estado Social de Derecho.

(...)

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta <más favorable respecto de los derechos laborales>, máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ellos teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos laborales.

Así pues, se concluye que el Tribunal Administrativo del Huila incurrió en desconocimiento del precedente, por lo que, se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y del acceso a la administración de justicia de Piedad Puentes Méndez, por lo cual, i) se dejará sin efectos la sentencia del 7 de febrero de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 41001-33-33-002-2022-00027-01, y ii) se le ordenará a dicha corporación judicial que, en el término de 20 días siguientes, contados a partir de la notificación de la presente providencia, emita un pronunciamiento de reemplazo, de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia. Lo anterior, con la advertencia de que, en todo caso, el juez natural del asunto preserva su criterio y autonomía para adoptar la decisión de fondo a que haya lugar” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así entonces, se evidencia que por parte del Consejo de Estado en un reciente pronunciamiento del 23 de marzo de la presente anualidad ya analizó un caso con una idéntica naturaleza al que nos ocupa, encontrando superados los requisitos de procedibilidad de la tutela y de manera específica consideró que el juzgador de

segunda instancia incurrió en desconocimiento del precedente; razón por la cual, solicito comedidamente en igual sentido se profiera sentencia de tutela dentro del presente asunto, teniendo en cuenta la providencia mencionada.

2. Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada; sin embargo, esta situación tiene una excepción que consiste cuando se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se encuentre dentro de la esfera fundamental.
3. Que se cumpla el requisito de inmediatez, lo que significa que la tutela sea radicada en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración deprecada.
4. En los casos que se presente una irregularidad procesal, la misma deberá tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de quienes lo alegan.
5. Que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que fuere posible, ya que es necesario que el acto tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que realice la ilustración al momento de formular el petitum de protección constitucional de sus derechos.
6. Que no se trate de sentencias de tutela, en tanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente, máxime cuando en el trámite de las acciones de tutela existe el mecanismo de revisión ante la Corte Constitucional; por ello, las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva se tornan definitivas.

Así las cosas, se evidencia que: **i)** en el presente asunto se agotaron todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que se tenían al alcance, pues se controvertió la presente situación en sede de la actuación administrativa, sino también en la judicial, interponiendo todos los recursos que legalmente procedían; por ejemplo, el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, **ii)** en cuanto al requisito de inmediatez, el mismo se encuentra acreditado, pues basta con observar la fecha de notificación del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Huila y la fecha de radicación de la presente acción de tutela, para poder evidenciar el término razonable para solicitar mediante esta acción constitucional la protección de los derechos fundamentales, **iii)** se justifica de manera razonable los hechos que consideraron violatorios de los derechos fundamentales de mi poderdante, pues al analizar el escrito de acción de tutela es notorio que si se realizó este ejercicio, pues se analizaron los argumentos que propenden evidenciar una violación directa a la Constitución en que incurrieron los fallos objetos de estudio, es decir, la falta de reconocimiento de la sanción moratoria reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantías en el respectivo fondo, teniendo como argumento la configuración de los defectos sustantivos que tiene directa relación con la violación directa de la Constitución, ya que la solicitud de aplicación de la Ley 50 de 1990 encuentra su sustento en el

desconocimiento del principio de favorabilidad, y de igual forma se analizaron los motivos por los cuales en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, TODO EN CONSONANCIA, con la abundante jurisprudencia que en el caso específico de los docentes de manera reiterada se ha expresado y se plasmó en el presente libelo de la acción de tutela y iv) el presente asunto no versa sobre una irregularidad procesal, así como tampoco se radicó esta acción de tutela contra una sentencia de esa misma índole.

Ahora, analizando la sentencia de primera instancia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas notificada el 22 de marzo de 2021, se observa que declaró improcedente la acción de tutela al considerar que la misma no ostentaba relevancia constitucional. Sobre este particular, es necesario ahondar de la siguiente forma, manifestando como primera medida, que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, en providencia del 28 de julio de 2019, en la cual decidió la impugnación de una sentencia de tutela de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en un asunto de similar naturaleza como el que nos ocupa, es decir, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas a docentes oficiales – Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, en la cual respecto de los requisitos de procedencia indicó:

“La Sala encuentra que tales requisitos se cumplen, en razón a que: i) se invoca la vulneración de derechos de orden fundamental como lo son la igualdad, el debido proceso, la seguridad social y la obligatoriedad de seguir el precedente, en armonía con el principio de la favorabilidad; ii) la accionante no tiene otro medio para la defensa de los derechos fundamentales que estima vulnerados con la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en segunda instancia, pues las razones en que se sustenta el amparo no pueden argumentarse como causal del recurso extraordinario de revisión; iii) la acción de tutela se presentó dentro de un término razonable..., iv) la situación a la cual se atribuye la vulneración de los derechos fundamentales fue debidamente puntualizada en el escrito de tutela; y v) la acción constitucional no se dirige contra una sentencia dictada en un proceso de idéntica naturaleza” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Es decir, que para ese momento por parte de esta misma respetada Corporación se consideró que la tutela de similar naturaleza a la que hoy nos compete cumplía los requisitos generales, por cuanto el asunto recaía sobre un vulneración de derechos fundamentales tales como igualdad, debido proceso, seguridad social y la obligatoriedad de seguir el precedente, de conformidad con el principio de favorabilidad, a su vez ya que en esa instancia procesal luego de haber agotado todos los recursos que se tenían al alcance no existía otro medio para propender por la defensa de los derechos fundamentales deprecados. Esta postura, también fue analizada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, consejero ponente Dr. Nicolás Yepes Corrales, en providencia del 29 de julio de 2019, analizó en igual línea, lo siguiente:

“4.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto

4.1.- El asunto goza de relevancia constitucional en la medida que se trata de dilucidar si efectivamente la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación desconoció los derechos fundamentales de la accionante al no tener en cuenta el régimen aplicable a los docentes para el pago de la sanción por la tardanza en la consignación del auxilio de las cesantías.

4.2.- De igual forma, cumple el requisito de subsidiariedad toda vez que contra la providencia objeto de tutela no existe otro medio de impugnación ni procede el recurso extraordinario de revisión.

4.3.- Asimismo, tiene lugar el presupuesto de inmediatez, pues la sentencia de segunda instancia objeto de la solicitud se profirió el... y el amparo se interpuso el..., esto es, dentro del término razonable señalado por la jurisprudencia.

4.4.- No se alega una irregularidad procesal.

4.5.- El escrito de amparo se encuentra debidamente motivado por cuanto se indicaron de forma razonada los hechos vulneradores y los derechos vulnerados.

4.6.- No se ataca una decisión de tutela sino una sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho...”.

En consecuencia, en esta oportunidad el Honorable Consejo de Estado consideró que el asunto si goza de relevancia constitucional, en tanto, se deberá analizar si el fallo objeto del recurso de amparo desconoció los derechos fundamentales del accionante, al no tener en cuenta el régimen aplicable a los docentes por el pago de la sanción por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías.

Y es que se citan estas sentencias, por cuanto las acertadas conclusiones a las que arribaron siguen siendo postura en el Consejo de Estado **ya que en el interregno en el cual se radicó la acción de tutela y hasta la fecha del día de hoy se profirió el pronunciamiento más reciente en la materia, fue proferida el 19 de enero de 2023, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente Dr. William Hernández Gómez, siendo notificada en el presente mes de marzo de 2023, consistente en un fallo de segunda instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, que mientras estamos en el presente trámite de la acción constitucional, el Consejo de Estado ratifica su postura en el tema de sanción moratoria cesantías anualizadas – Docente.**

Ahora bien, es importante que el Despacho tenga en cuenta que, al no estar garantizados los recursos de las cesantías en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes no tienen garantía de la prestación. En ese orden de ideas, es menester señalar que el eje central del presente recurso de amparo consiste justamente en esa vulneración que existe en contra de los docentes, pues al no poder disponer del auxilio de cesantías, se está transgrediendo el derecho fundamental de la seguridad social, y es que esta prestación social es una modalidad de protección del trabajador cesante y su familia, de conformidad

con los artículos 42 y 48 de la Constitución Nacional. A su turno, la Ley 50 de 1990, que regula el auxilio de cesantías para los trabajadores del sector privado, dispone que existen tres mecanismos de liquidación diferentes, así: El primero de ellos consiste en el sistema tradicional reglado por los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a todos los trabajadores vinculados por contrato laboral antes del 1° de enero de 1991; el segundo de ellos, el sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los fondos de cesantías creados por la Ley, aplicable para los trabajadores vinculados por contrato laboral a partir del 1° de enero de 1991 y aquellos que se vinculen al nuevo sistema; y en tercer lugar, el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores nuevos y antiguos que devenguen más de 10 SMLMSV y quienes pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida por supuesto la cesantía.

De otro lado, es dable concluir que el auxilio de cesantías es una protección que no solo beneficia al trabajador, sino también a su núcleo familiar, pues se configura como una ayuda económica para suplir conceptos tales como educación superior y vivienda, y que el trabajador tenga un respaldo que no comprometa los recursos necesarios para su mínimo vital.

En otras palabras, y de acuerdo a la Sentencia SU 098 de 2018, en virtud del principio de igualdad, in dubio pro operario y de conformidad con la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no se debe excluir al sector oficial docente de la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al tener los mismos carácter de servidores públicos, son beneficiarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo, represivo e inclusive preventivo para garantizar el pago oportuno de la prestación social. Es por ello, que el presente asunto tiene relevancia constitucional, por cuanto al no tener los docentes la garantía de la prestación claramente vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, luego entonces, se evidencia una clara vulneración de índole constitucional. Es decir, que la única forma de garantizar el auxilio de cesantías es con la respectiva consignación efectiva.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha analizado la importancia de las cesantías en la vida laboral del trabajador, tal y como se especificó en la Sentencia C-432 de 2020, en donde señaló:

“39. Como se acaba de indicar, el auxilio de cesantía es una prestación patronal común que, en principio, corresponde a todos los trabajadores. A diferencia de las denominadas prestaciones especiales, que sólo se dan en vista de ciertas circunstancias, como la solvencia financiera del empleador o el riesgo creado, las prestaciones comunes tienen un alcance más amplio, razón por la cual en esta materia operan unas reglas generales, como la de que los empleadores están obligados a su pago.

40. El pago de las prestaciones comunes, según el caso, puede hacerse en dinero, en especie o en beneficios. Estas prestaciones buscan cubrir el riesgo común que tiene el trabajador con ocasión de su relación laboral de dependencia y las contingencias que pueden afectar su vida y la de su familia. Por ello, el que una prestación común no se pague implica, de manera

necesaria, que un riesgo no será cubierto, de lo cual se sigue que al trabajador le corresponderá afrontarlo por sí mismo llevando con ello, al incumplimiento de las obligaciones del contrato laboral por parte del trabajador.

41. En el caso del auxilio de cesantía el riesgo que se cubre es el de la pérdida del trabajo, cuyo impacto en la vida del trabajador y su familia puede ser muy significativo, dado que su subsistencia suele depender de los ingresos que obtiene a modo de remuneración por dicho trabajo, la cual deja de existir cuando este se pierde. Así, pues, el que no se pague el auxilio de cesantía, ya sea en la liquidación del contrato o por medio de su consignación en el respectivo fondo de cesantías, según el caso, significa para el trabajador, que él deberá hacer frente a la situación generada por la pérdida de su empleo por sí mismo, sin tener ningún apoyo derivado de su relación laboral.

42. Las prestaciones patronales comunes y, entre ellas, el auxilio de cesantía, se diferencian del salario, en tanto no constituyen una remuneración directa por los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en tanto no buscan resarcir los perjuicios causados por el empleador. El auxilio de cesantía, como ya se ha dicho, es un respaldo económico para asegurar la calidad de vida del trabajador y su familia, cuando dicho trabajador deja de serlo, por haber perdido su empleo. Las cesantías son una fuente de ahorro para el trabajador y su familia; este ahorro puede ser usado para hacer frente a la situación de haberse terminado la relación laboral o para satisfacer requerimientos en vivienda y educación.

43. En varias oportunidades la Sala se ha referido al auxilio de cesantía. Entre ellas, merece la pena destacar las Sentencias C-051 de 1995, C-710 de 1996, C-823 de 2006, C-310 de 2007. Además, de esta materia también ha sido analizada por las Salas de Revisión en Tutela, entre otras, en las Sentencias T-260 de 1994 y T-661 de 1997.

44. En la Sentencia C-051 de 1995, con ocasión de una demanda presentada por el ciudadano Defensor del Pueblo contra una norma contenida en el artículo 338 del CST, conforme a la cual para efectos de las prestaciones sociales a que están obligados los patronos, el Gobierno puede clasificarlos y señalar la proporción o cuantía de las prestaciones a su cargo, se hacen tres análisis relevantes.

45. El primer análisis es el relativo a la igualdad de los trabajadores, que debe ser real y efectiva, y que en el contexto laboral se concreta en la máxima de a trabajo igual, salario igual. Este análisis concluye con la siguiente regla: “la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores”.

46. El segundo análisis se dedica al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, para destacar que este derecho tiene la especial protección del estado, lo que se concreta en la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Al referirse a las condiciones dignas y justas,

además de destacar que ellas se derivan de la dignidad propia del ser humano, se plantea la siguiente cuestión: Viniendo al tema de la justicia, ¿serán, acaso, justas las condiciones desfavorables de un trabajo, basadas solamente en factores propios de patrono y ajenos al trabajador y a la labor que realiza? Entre dos trabajadores que ejecuten el mismo trabajo, uno de los cuales sirve a uno de los patronos a que se refiere el artículo 338 y el otro a un patrono sometido al régimen general, ¿cómo aceptar que son justas las condiciones desfavorables del primero?”. La respuesta a esta pregunta, planteada como conclusión del análisis, es negativa, pues se desconoce los artículos 25 y 53 de la Constitución.

47. El tercer análisis se centra en el trato más beneficioso que la ley da a los patronos, cuando ellos ejecutan actividades sin ánimo de lucro. Este estímulo, se considera viable dentro de la Constitución, pues atiende a fines que pueden considerarse justos y constitucionalmente admisibles. Sin embargo, además de la finalidad perseguida, en este caso se considera relevante establecer quién paga el estímulo, pues si es toda la comunidad, ello resulta admisible, dado que dichas actividades se encaminan al servicio de intereses generales. Pero si quién lo paga no es toda la comunidad, sino ciertos trabajadores, las cosas son diferentes. De hecho, ante esta circunstancia, el análisis concluye, a modo de regla, lo siguiente: “Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución, es conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos. Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña”.

Bajo esta misma línea, la Sentencia C-171 de 2020 de la Corte Constitucional indicó lo siguiente respecto de la protección al desempleo y el auxilio de cesantías:

52. Como se expuso anteriormente, la importancia del trabajo en la superación de las desigualdades, a través del desarrollo de actividades que les permitan a los trabajadores un sustento económico, fue reconocida al ser incluido como un principio en la Constitución Política. También se indicó que el derecho al trabajo impone al Estado el deber de garantizar que todas las personas puedan acceder a un empleo libremente elegido, sin que ello implique que se les asegure un puesto de trabajo. En consecuencia, mientras se avanza en la consecución del pleno empleo, surge la necesidad de brindar protección a la población desempleada; en este sentido, debe entenderse que “del derecho al trabajo objetivamente no puede desligarse de la realidad del desempleo, lo cual lleva a una intervención del Estado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 334 de la Constitución”.

53. Como consecuencia del principio de dignidad humana, y de la política social y económica justa perseguida por el Estado social de derecho, todas las personas tienen derecho a condiciones mínimas para subsistir, entendidas como mínimo vital, y sirve como fundamento del subsidio al desempleo para aquellas personas que no logran ingresar al mercado de trabajo.

54. *En la actualidad, Colombia cuenta con un mecanismo de protección al cesante, que contempla una serie de beneficios y subsidios para la población que habiendo estado afiliada al sistema del subsidio familiar pierde el empleo. Sin embargo, se debe reconocer que con anterioridad a su creación, la legislación laboral ya contaba con una prestación social a cargo del empleador, cuyo propósito es que los cesantes cuenten con unos recursos que les permitan asegurar la subsistencia durante el periodo de desempleo, denominada “auxilio de cesantías”, contenida en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.*

55. *Frente a este auxilio, es preciso indicar que si bien al ser creado tenía carácter indemnizatorio, mediante la modificación introducida con la Ley 65 de 1946, se convirtió en una prestación social. Así mismo con posterioridad, permitió a los trabajadores adquirir vivienda o remodelarla, y sufragar los costos de su educación y la de su familia, a través de los retiros parciales.*

56. *En relación con el fundamento normativo superior, esta Corporación ha señalado que el mismo se encuentra soportado en los artículos 42 y 48 de la Constitución Política y que se trata de una “figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantías–, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”. (Negrillas fuera del texto original).*

57. *La Corte ha reconocido que el auxilio de cesantías es una de las prestaciones sociales más importantes para los trabajadores y sus familias, puesto que constituye un respaldo económico para que sus titulares accedan a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de su calidad de vida. Particularmente, en la sentencia C-823 de 2006, luego de reseñar el paso de indemnización a prestación social, señaló que “se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada”.*

58. *En conclusión, de conformidad con lo establecido por esta Corporación y los instrumentos internacionales, el auxilio de cesantías es una prestación de la seguridad social, que al mismo tiempo responde a un beneficio mínimo establecido en la normatividad laboral, el cual, en atención al artículo 53 constitucional, adquiere la condición de irrenunciable”.*

Así entonces, es claro que para la Corte Constitucional a lo largo de los años, la jurisprudencia ha sido pacífica en el sentido de indicar que el auxilio de cesantías es una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador y que en principio, fue creada con la finalidad de proteger al trabajador en dado caso de pérdida del empleo; ahora, su función consiste una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el

desarrollo de las relaciones entre trabajador y empleador, es decir, que debe ser vista como un mecanismo que busca en primer lugar, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben afrontar los asalariados ante el cese de su actividad, y en segundo lugar, cubrir sus necesidades de capacitación y vivienda. Es decir, que el derecho a las cesantías, lo obtiene todo trabajador por el simple hechos de su vinculación laboral, así como también participa de las notas distintivas de las demás prestaciones sociales, es decir, que su cantidad sea proporcionada al tiempo de servicio prestado y que sean **oportunamente consignadas – transferidas al FOMAG** situación que claramente no ocurrió en el presente caso, siendo un asunto que tiene entonces relevancia constitucional.

Ahora, descendiendo al caso en concreto, es aplicable el régimen anualizado de cesantías para los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es decir que, se deberá afiliar y realizar el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la única manera de garantizar el acceso a la prestación, pues tal sistema solo puede ser equitativo si los trabajadores pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer del auxilio de cesantías en cualquiera de los eventos en que se permite su utilización, es decir, ante el desempleo, financiar educación superior, y adquisición, construcción, mejora o liberación de vivienda.

Corolario a lo anterior, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros servidores públicos que gozan de la sanción como garantía del auxilio de cesantías, y tal distinción entre unos y otros, viola el derecho a la igualdad, pues los docentes del señor oficial tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores del Estado, siendo inconcebible negar el acceso a la aplicación favorable deprecada, lo que evidentemente conlleva una relevancia constitucional para que el presente asunto sea estudiado en sede de tutela.

En virtud de ello, se manifiesta que los docentes se encuentran en la categoría de empleados públicos, razón por la cual, no es admisible la distinción con los demás servidores públicos a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo, como lo es, el auxilio de cesantías, así, una interpretación contraria, conllevaría una restricción en la posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación, lo que conlleva una connotación de relevancia constitucional, ya que se está vulnerando el derecho a la igualdad de los docentes, respecto de otros servidores públicos.

De otro lado, es necesario indicar que en efecto por regla general no procede la acción de tutela contra providencias judiciales; sin embargo, esta acción constitucional procede excepcionalmente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, pues este postulado constitucional estableció que mediante dicho instrumento podrá reclamarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública. Así las cosas, si bien, el recurso de amparo no procede contra providencias judiciales, excepcionalmente procede de acuerdo a los lineamientos expuestos en la Sentencia C-590 del 2005, los cuales son: **i)** Cuando el asunto tenga relevancia constitucional, **ii)** Cuando el interesado haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios ante de acudir al juez de tutela, **iii)** Cuando la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, **iv)** En caso de tratarse de una irregularidad procesal, cuando esta

tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales, **v)** Cuando el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que general la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible y **vi)** Cuando el fallo impugnado no sea de tutela.

Ahora, en la citada sentencia de constitucionalidad se precisó en que una vez se encuentren cumplidos los requisitos genéricos también deberá acreditarse algún defecto orgánico, sustantivo, procedimental fáctico o un error inducido, o bien, demostrar que la decisión no ostenta motivación, o que se ha desconocido un precedente constitucional y/o una violación directa a la Constitución, así pues teniendo en cuenta, lo anterior, se observa que en el presente asunto, en primer lugar, si se cumplieron los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, así como también se configuró una violación directa de la Constitución por la no aplicación del principio de favorabilidad, siendo este un aspecto de relevancia constitucional, como claramente fue expuesto desde la presentación de la acción de tutela, pero que los despachos tutelados y la entidad pública, someramente se refieren sabe que si se refieren con profundidad al estudio del tema, la decisión adoptada hubiese sido la contraria, a la que fue adoptada en la providencia que hoy se tutela.

De otro lado, el problema jurídico dentro del asunto de marras, es de índole constitucional, por cuanto la sanción moratoria conlleva el pago o consignación oportuna del auxilio de cesantías, que necesariamente tiene un alcance al derecho fundamental a la seguridad social.

Luego entonces, el asunto si tiene relevancia constitucional, por cuanto dentro del escrito de la acción de tutela se plasmó de manera contundente los motivos por los cuales se pretende la protección inmediata del derecho fundamental al debido proceso, asimismo, se evidencia una violación directa a la Constitución por la omisión a la aplicación del principio de favorabilidad, así como también, al final del ejercicio este estudio desemboca en el derecho fundamental a la seguridad social. En segundo lugar, se agotaron todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que se tenían al alcance, pues se contravirtió la presente situación no solo en sede de la actuación administrativa, sino también en la judicial, interponiendo todos los recursos que legalmente procedían. En tercer lugar, en cuanto al requisito de inmediatez, el mismo se encuentra acreditado, pues basta con observar la fecha del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Huila y la fecha de radicación de la presente acción de tutela, siendo un término razonable para solicitar mediante la presente acción constitucional la protección de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, se justifica de manera razonable los hechos que consideraron violatorios de los derechos fundamentales de mi poderdante, pues al analizar el escrito de acción de tutela es notorio que si se realizó este ejercicio, pues se analizaron los argumentos que propenden evidenciar una violación directa a la Constitución en que incurrieron los fallos objetos de estudio, es decir, la falta de reconocimiento de la sanción moratoria reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantías en el respectivo fondo, teniendo como argumento la configuración de los defectos sustantivos que tiene directa relación con la violación directa de la Constitución, ya que la solicitud de aplicación de la Ley 50 de 1990 encuentra su sustento en el desconocimiento del principio de favorabilidad, y de igual forma se analizaron los motivos por los cuales en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, TODO EN CONSONANCIA, con la abundante

jurisprudencia que en el caso específico de los docentes de manera reiterada se ha expresado.

Inclusive entre el trámite de la expedición de la sentencia tutelada y la fecha de presentación del presente escrito, el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁹⁰¹, se pronunció en ese sentido expresando que era obligatoria la incorporación o afiliación de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el momento de la vinculación como docente, pues es una obligación de origen legal y reiteró la posición que la forma correcta de reconocer esta prestación es como cesantías anualizadas, es decir, que no solo se debe tener en cuenta todo el recuento jurisprudencial señalado en el escrito de la presente acción de tutela, sino que también se debe tener en cuenta que actualmente se siguen profiriendo providencias en donde se evidencia que se deben reconocer las cesantías de manera anualizada y bajo los lineamientos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En quinto lugar, el presente asunto no versa sobre una irregularidad procesal, así como tampoco se radicó esta acción de tutela contra una sentencia de esa misma índole.

Lo anterior, también permite evidenciar que en efecto si existen en el presente asunto configuradas las causales genéricas y específicas de procedibilidad que conlleva necesariamente la procedencia de la acción de tutela, por cuanto como ya se analizó con suficiencia, el amparo constitucional no procede contra providencias judiciales, sino en casos excepcionales, como en el presente asunto, pues se evidencia que ostenta relevancia constitucional, puesto que se debaten derechos fundamentales como lo es el debido proceso, la seguridad social, y a su turno se denota una inaplicación del principio de favorabilidad en el fallo objeto del presente análisis; a su vez se cumplieron con todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que se tenían al alcance; se cumplió de igual forma con el requisito de inmediatez; se justifica en el presente líbello de la acción de tutela los hechos que consideraron violatorios de los derechos fundamentales de mi poderdante con suficiencia, así como también el caso no versa sobre una irregularidad procesal, y no es una tutela contra tutela.

Luego entonces, como se ha venido esbozando en el presente escrito, el problema jurídico se remonta a la omisión en el pago en tiempo y forma de la cesantías a los docentes, entendiéndose este concepto como una prestación social que desemboca finalmente en la vulneración al derecho fundamental de seguridad social, es más, de esta forma también lo abordó la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018, pues indicó que la consignación es la manera de garantizar el acceso efectivo al auxilio de cesantías, pues consideró que este sistema solo puede ser equitativo si las personas, en este caso los docentes pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquier de los eventos en que se permite su retiro, es decir, desempleo, educación propia o del núcleo familiar en los términos previstos en la Ley o para adquisición, mejora o liberación de vivienda.

Así pues, toda vez que el presente asunto se origina en la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando el empleador no consigna el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, a la cual tiene derecho los servidores públicos, teniendo los

⁹⁰¹ Sentencia del 24 de enero de 2023 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Virtual No. 4, M.P. José Ascención Fernández Osorio.

docentes oficiales tal calidad, se evidencia que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila vulneró el principio de favorabilidad, pues indicó erróneamente que este principio se da cuando existe duda en torno a la normatividad aplicable o existen interpretaciones distintas sobre la regulación de un derecho, indicando que supuestamente el escenario no se configuraba en tanto “no puede hacerse un juicio de comparación entre la situación jurídica de la hoy demandante y los docentes a los cuales se les ha reconocido la sanción deprecada, quienes sí se encontraban en una situación desprovista de regulación al no estar afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en tanto el ente territorial al cual estaban adscrito no hizo oportunamente el reconocimiento de sus cesantías”, pasando por alto la Sentencia SU 098 de 2018, que señaló:

“Por ello, en este caso es necesario que la Corte evalúe la posible violación directa de la Constitución, debido a que la interpretación por la que optaron los jueces, implica el desconocimiento del artículo 53 de la Carta Política.

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

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

64. En el caso objeto de estudio se evidencia que existe una postura más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía.

A pesar de que los jueces adoptaron una postura razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista legal, este entendimiento excluyó otra posible interpretación de la normativa general que consagra la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° de artículo 99 de la Ley 50 de 1990”.

Ahora bien, con respecto al cumplimiento de los requisitos específicos, es menester señalar que mediante Sentencia SU 332 de 2019 expedida por la Corte Constitucional no solo fijó los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, sino que también estableció unos requisitos específicos que para el presente asunto si se cumplen, tal y como puede observarse:

3.1. Defecto sustantivo:

Esta causal específica de procedibilidad fue desarrollada mediante la Sentencia SU 195 de 2012 y se presenta cuando la autoridad judicial deja de aplicar la norma adecuada o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica, por ello, para que se configure dicho defecto deben darse los siguientes supuestos:

- El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, ya sea por impertinente, porque ha sido derogada, es inexistente, inexecutable o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el legislador.
- Cuando no se realiza una interpretación razonable de la norma.
- Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes.
- La disposición aplica da contraria la Constitución o es regresiva.
- Cuando el ordenamiento otorga un poder al juez y este lo usa para fines no previstos en la Ley.
- Cuando la decisión se cimenta en una interpretación no sistemática de la norma.
- Cuando se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su fallo

En consecuencia, la procedencia del recurso de amparo cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han expuesto con antelación.

3.2. Violación directa a la Constitución

Este requisito específico se encuentra regulado a través del artículo 4 Superior, según el cual en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra disposición jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales con el consecuente reconocimiento de la supremacía de la Corte Constitucional y de su valor normativo.

Así las cosas, en diversos pronunciamientos se ha indicado que este requisito específico se da en los siguientes eventos: i) en la solución del caso en concreto se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, ii) cuando se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata, iii) cuando los jueces a través de sus sentencias vulneran derechos fundamentales, por cuanto no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme a la Constitución y iv) si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución y no aplica las disposiciones dispuestas en la Constitución con preferencia a las legales, es decir, excepción de inconstitucionalidad.

En consecuencia, es claro que en virtud del valor normativo superior de los preceptos constitucionales, los jueces deben aplicar las disposiciones consagradas en la Constitución y su desarrollo jurisprudencial en todo momento, incluso si el problema jurídico del caso parece ser únicamente de índole legal, pues de no hacerlo de acuerdo a la norma de normas o de la norma que más se ajuste a los principios o derechos amparados en la Constitución, se configura una causal del procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

Ahora, teniendo en cuenta el presente caso y la naturaleza del mismo, es decir, la interpretación y aplicación de normas relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de cesantías a los docentes, y con base en la jurisprudencia constitucional, es dable concluir que i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores que es protegida por la Constitución, ii) los docentes oficiales son empleados públicos, teniendo en cuenta las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento y por lo tanto tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías.

En razón a lo anterior, es dable afirmar que el fallo objeto de la presente acción de tutela aplicó una postura restrictiva del Consejo de Estado, por lo cual se configuró el desconocimiento del artículo 53 de la Constitución Nacional, en donde se resalta la aplicación de la situación más favorable al trabajador y en que caso de duda en la interpretación de las fuentes formales del derecho. Al respecto, existen dos principios hermenéuticos desarrollados por la Corte Constitucional, así: i) favorabilidad en sentido estricto y ii) in dubio pro operario o también denominado como favorabilidad en sentido amplio; luego entonces, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores se desprende la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.

Es decir, se hace necesario que se analice la violación directa de la Constitución, debido a la interpretación que realizaron los jueces de instancia, pues generó el desconocimiento del artículo 53 Superior, el cual estableció derechos y garantías mínimas a favor de los trabajadores que no se pueden desconocer, dentro de los que se encuentra el principio de favorabilidad ya sea en la aplicación de normas jurídicas o en la interpretación de las mismas, y en tal sentido, el operador judicial deberá aplicar la situación más favorable para el trabajador. En este orden de ideas, se evidencia que han existido otros caso en los cuales, la Corte Constitucional aplicó el régimen general a personas que están amparadas bajo un régimen especial, sin que conlleve tal situación al desconocimiento del principio de inescindibilidad, como por ejemplo ha sido el caso de la aplicación de la norma sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías a los servidores públicos por el pago tardío de las mismas, a los docentes del sector oficial (Sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU 336 de 2017 y SU 098 de 2018).

En conclusión, es claro que la jurisprudencia ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando éstas son el resultado de una actuación arbitraria o caprichosa del funcionario judicial constitutiva de una vía de hecho, a su vez se evidencia que en el presente asunto se cumplieron los requisitos expuestos en la Sentencia C-590 de 2005 pues: i) el presente asunto tiene relevancia constitucional, ii) se agotaron los recursos ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela, iii) se cumple con el requisito de inmediatez, iv) se identificó de manera razonable los yerros de la autoridad judicial que generaron la violación, por lo que se configuraron los presupuestos genéricos y específicos para su procedencia, máxime cuando de verdad la postura establecida en el fallo del Tribunal Administrativo del Huila no es la que el máximo órgano de cierre viene expresando en la materia que hoy se debate y se necesita la protección de los derechos fundamentales conculcados. De tal suerte que en el presente

asunto si procede la acción de tutela por cuanto los mínimos de representados fueron violentados, los derechos fundamentales de cualquier servidor público.

IV. CUMPLIMIENTO DE LAS TRES FINALIDADES DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Al respecto, se evidencia que por parte de su Honorable Despacho se enuncia la Sentencia SU-128 de 2021 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la cual se estableció que por regla general el recurso de amparo no procede contra decisiones judiciales; no obstante, existen ciertos criterios de procedencia tales como son vías de hecho judicial o actuaciones arbitrarias imputables al funcionario judicial que desconozcan o amenacen derechos fundamentales. Frente a ese particular, la Corte Constitucional ha desarrollado doctrina en lo atinente a las vías de hecho judicial, que abrió paso a cuestionar mediante el mecanismo de la acción de tutela los pronunciamientos de los jueces que fueran ostensiblemente arbitrarios, caprichosos y contrarios a la Constitución, por ello la Sentencia en mención adujo:

“cuando pueda establecerse claramente que la actuación del juzgador es violatoria de derechos fundamentales, sin que sea factible entender que la tutela, en sí misma, constituye un juicio de corrección de los asuntos ya definidos por la autoridad competente”.

A su turno, reiteró los requisitos que debe tener toda acción de tutela contra providencia judicial para que sea procedente, así:

En primer lugar, que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional, ya que al juez constitucional no le es dable estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos que correspondería decantar en otras jurisdicciones. Es decir que, el juez de tutela deberá indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entraría a resolver es de manera genuina una cuestión de relevancia constitucional, que en todo caso afecte los derechos fundamentales de las partes involucradas en el recurso de amparo y en general los requisitos de carácter general y específico enunciados en la Sentencia C-590 de 2005.

Posteriormente, en la misma providencia se enfatiza el estudio respecto del requisito de relevancia constitucional dentro de la acción de tutela contra providencia judicial, manifestando en primera medida que para el Máximo Órgano la tutela contra providencias judiciales puede ser considerado como un juicio de validez más no como un juicio de corrección del fallo objeto del amparo, pues con ello, se evita que este mecanismo sea usado como instancia adicional para discutir asuntos de índole probatorio o por ejemplo interpretación de la Ley que dieron origen a la controversia judicial, ya que durante el proceso, las partes disponen de recurso judiciales ordinarios y extraordinarios debidamente legislados, para controvertir todas aquellas decisiones judiciales que consideren arbitrarias o incompatibles con sus derechos. Ahora, luego de interponer todos aquellos recursos persiste una clara arbitrariedad judicial, ahí si se encuentra habilitad la tutela contra providencias judiciales. Es por ello que, analizando el presente asunto, la consideración de este acápite se ajusta a los presupuestos de esta acción constitucional, ya que, en efecto a lo largo del proceso judicial, por parte del suscrito se incoaron todos y cada uno de los recursos ordinarios aplicables en la materia; no obstante, al seguir siendo

ostensible la arbitrariedad judicial, en el sentido de que los juzgadores de manera caprichosa no dieran aplicación al artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes del sector oficial en su calidad de servidores públicos, máxime cuando dicha decisión no solo vulneró el derecho fundamental a la igualdad de mi presentada, sino también el derecho a la seguridad social, por cuanto como se indica en el acápite posterior, el hecho de no reconocer las cesantías anualizadas y debidamente consignadas al FOMAG, se relaciona con la transgresión de los derechos fundamentales de mi mandate; razón por la cual, se encontraba habilitada la tutela contra providencias judiciales.

Corolario a lo anterior, la Sentencia en mención indica las tres finalidades de la relevancia constitucional, así: *“(i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces”*.

Teniendo en cuenta lo señalado en precedencia, en el fallo mencionado se declaró improcedente la acción de tutela, por cuanto se vislumbró que la parte accionante pretendía reabrir mediante acción de tutela un debate meramente legal, de carácter privado y con efectos estrictamente económicos, que por demás, **NO** puede ser de referencia para el presente asunto, en tanto para este caso se evidencia una flagrante vulneración a la igualdad de los docentes oficiales respecto de otros servidores públicos y en segunda medida, por cuanto no consignar en tiempo y forma las cesantías anualizadas de los docentes y que no se consigne efectivamente al FOMAG constituye una vulneración al derecho a la seguridad social, por la naturaleza que tiene el auxilio de cesantías, que en ningún caso puede ser equiparable al asunto expuesto en la Sentencia SU 128 de 2021.

Ahora bien, se entrará a analizar las tres finalidades de la relevancia constitucional expuestas en la Sentencia en mención de cara con el supuesto fáctico y jurídico del presente mecanismo de amparo, en aras de demostrar que si se cumplen las finalidades expuestas en la referida sentencia y por ende es viable que se acceda a las pretensiones incoadas en el presente líbello de la acción de tutela, así:

En primer lugar, en el fallo reseñado se indica que la controversia debe versar sobre un asunto constitucional y no meramente legal y/o económico, indicó a su vez que las discusiones de orden legales o aquellas relativas exclusivamente a un derecho económico deben ser resueltas mediante mecanismos ordinarios dispuestos para tal efecto, por cuanto el juez de tutela no puede entrar a debatir asuntos netamente de orden legal o reglamentario que han de ser definidos por las jurisdicciones correspondientes; luego entonces, en el presente asunto no se debate un asunto de mera legalidad, ya que la presente involucra múltiples aspectos de relevancia constitucional, como los siguientes: **i)** ausencia de garantía de igualdad en el trato jurídico, **ii)** principios de seguridad jurídica y confianza legítima respecto de la existencia de varias posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en lo atinente a la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes, **iii)** la transgresión al derecho a la seguridad social de los miembros del Magisterio, **iv)** el principio de favorabilidad en la aplicación de normas y precedentes en materia de prestaciones sociales de servidores públicos y docentes, que Usted Consejero ha reiterado en sus pronunciamientos respecto de esta

materia y que se sigue vulnerando al negar el amparo en el fallo de tutela de primera instancia; lo anterior entonces permite concluir que son cuestiones que revisten una indiscutible importancia constitucional, ya que el derecho a la igualdad y seguridad social es lo que se evidencia que se transgrede en el presente asunto, de allí que se derive una sanción moratoria porque no se cumple con la modalidad de pago de cesantías anualizadas a los docentes, es un aspecto netamente circunstancial.

En segundo lugar, se debe tener de presente que el caso debe involucrar necesariamente un debate jurídico que gire en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental; circunstancia que también se encuentra acreditada en el asunto de marras, por cuanto como se indicó en precedencia dentro del presente asunto se debaten asuntos de relevancia constitucional y se ven conculcados los derechos fundamentales del accionante, máxime cuando en el presente asunto se evidencia una violación directa a la Constitución, pues se evidencia una aplicación restrictiva para resolver el presente asunto, desconociendo el artículo 53 de la Constitución Política, en tanto, no se aplicó el principio de favorabilidad en el presente asunto y que debía regirse, teniendo entonces una clara naturaleza constitucional.

Por último y tercer lugar, que la tutela no sea una instancia o un recurso adicional para reabrir debates meramente legales; frente a este particular se indica que el presente asunto se interpuso por la ostensible relevancia constitucional que ostenta y la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales de mi mandante, es importante, poner de presente que esta acción constitucional en ningún momento fue interpuesta como una tercera instancia, sino que solo se circunscribe a buscar la protección de los derechos fundamentales de los docentes del sector oficial, tales como igualdad, seguridad social y favorabilidad.

V. LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA TERCERA INSTANCIA

Es importante poner de presente que esta acción constitucional en ningún momento fue interpuesta como una tercera instancia, sino que solo se circunscribe a buscar la protección de los derechos fundamentales de los docentes del sector oficial, tales como igualdad, seguridad social y favorabilidad.

Es decir, que la presente acción de tutela es claro que no es una tercera instancia para reabrir debates que ya fueron analizados y resueltos por los jueces naturales, además porque en todo caso no es dable que a través de este recurso de amparo se revise el criterio interpretativo del juez; no obstante, en el presente asunto fue necesario acudir ante este recurso de amparo, ante la abrupta vulneración de los derechos fundamentales de mi mandante a la igualdad, dignidad humana, el principio de favorabilidad y al debido proceso por desconocimiento del precedente aplicable al caso en particular, porque es notorio que no al docente del sector oficial no se le aplicó la norma que le regía por ser servidor público, y es que es aquí donde justamente existe la vulneración, pues es notoria la diferencia entre los demás servidores públicos y los docentes del sector oficial, y aun más gravoso entre otros docentes que si les han aplicado la normatividad en que la consignación al FOMAG por concepto de cesantías se debe realizar de manera anualizada, respecto a los que no se les reconoció tal disposición como en el presente asunto.

Luego entonces, no se podrá entender este recurso de amparo como una tercera instancia bajo ningún escenario, por cuanto fue interpuesto, únicamente ante la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, siendo la acción de tutela el mecanismo único e idóneo para la salvaguarda de los mismos.

VI. ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL DERECHO QUE LE ASISTE A MI MANDANTE

Antes de mencionar las razones por las cuales la sentencia expone garrafalmente defectos fácticos en los que nunca debió incurrir la decisión que hoy se reprocha en esta acción constitucional, es preciso indicar comedidamente dos (2) situaciones. **La primera:** es que como profesional del derecho, no acostumbro a interponer acciones de tutela contra las decisiones de los tribunales administrativos, dado que respeto esta instancia y me he acogido a todos los postulados de las sentencias de unificación en el sector docente y he acatado sin soberbia TODAS LAS DECISIONES DE UNIFICACIÓN PROFERIDAS POR LA SECCIÓN SEGUNDA DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, que son siete (7) en total expedidas referentes a la actividad litigiosa que tienen los docentes del país con el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, de las cuales he participado en su mayoría, por ser el representante judicial de los docentes en referidos asuntos. **La segunda:** Es que la decisión por parte del órgano colegiado en la jurisdicción contencioso administrativo del Departamento del Huila, partió del desconocimiento del derecho desde el año de 1945, momento en que fue expedida la ley 6 de 1945 para adoptar una decisión, desconociendo toda la legislación del sector docente oficial de antaño, que seguramente lo hubiera conllevado a adoptar una decisión diferente, como el estudio que efectuó tanto la Corte Constitucional y la Sección Segunda de esta Honorable Corporación que hoy conoce de esta acción de tutela.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OBLIGACIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DE CONSIGNAR DE MANERA EFECTIVA LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES VINCULADOS DESPUÉS DEL 1 DE ENERO DE 1990 EN EL FOMAG, ANTES DEL 15 DE FEBRERO DE CADA ANUALIDAD

El sistema de las cesantías de manera general para todos los empleados del estado, incluyendo los docentes oficiales, fue establecido en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, determinando un régimen retroactivo de liquidación para todos los empleados públicos de Colombia. Este sistema fue modificado del año de 1968, en la reforma realizada por el presidente Lleras en el Decreto – Ley 3118 de 1968, con el cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro y junto con él, el sistema anualizado de cesantías para el sector público del orden nacional.

En este momento, se estableció para TODOS LOS EMPLEADOS PÚBLICOS VINCULADOS CON LA NACIÓN, incluyendo los **docentes nacionales**, que el régimen retroactivo, se acabaría a partir de 1968, pasando la liquidación de las cesantías de manera inmediata, ESTUVIERAN VINCULADOS ANTES O SE VINCULARAN CON POSTERIORIDAD CON LA NACIÓN, a un régimen anualizado en su liquidación, con el pago de intereses anuales.

Se creó entonces, el Fondo Nacional del Ahorro, entidad que debía recibir las CESANTÍAS ANUALIZADAS DE TODAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL, incluyendo las cesantías de los docentes vinculados al MEN (como patrono), antes del 15 de febrero de cada anualidad. Con este cambio, y para compensar la rebaja ostensible de la liquidación de cesantías con un régimen retroactivo que traían los empleados públicos del orden nacional desde 1945, itero incluyendo los docentes vinculados por la NACIÓN – MEN, pasando a un régimen de consignación año por año al FNA, se obligó al patrono a cancelar unos intereses a las cesantías sobre los **saldos acumulados** así:

“ ARTÍCULO 33. *Intereses en favor de los trabajadores.* (Modificado por el Artículo 3. de la Ley 41 de 1975). El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del **nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial**, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47”

Los trabajadores de las entidades territoriales, continuaron con su régimen retroactivo de la Ley 6 de 1945, así como también se mantuvo esta forma de liquidación para los docentes territoriales y nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989.

Es decir, HONORABLES CONSEJEROS cuando en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se implementó que existiría un cambio de liquidación de cesantías para todos **los DOCENTES VINCULADOS DESPUES DE 1990**, ya los maestros nacionales desde 1968, (21 años atrás, tenían un fondo de Cesantías, que era el Fondo Nacional del Ahorro Y SU REGIMEN DE CESANTÍAS ERA ANUALIZADO).

Significa esto, además, que los docentes nacionales, a la fecha de creación del FOMAG, ya tenían liquidación cesantías anualizadas 21 años atrás y la cancelación de sus intereses a las cesantías, se hacía “.... **sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial**”, SITUACIÓN QUE DESDE AHORA **DESBARATA** LA POSICIÓN DE LA SENTENCIA REPROCHADA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA, CUANDO EXPRESA QUE SOLO A LOS DOCENTES SE LES CANCELA LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS SOBRE EL DTF, sobre los saldos que tengan acumulados al 31 de diciembre de cada anualidad de cesantías, pues a los TODOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN NACIONAL TAMBIÉN les operaba esta forma de liquidación sobre saldos desde la expedición del artículo 3 de la ley 41 de 1975.

Cuando en el artículo 15 de la Ley 91, se determinó que los docentes que continuaran vinculándose de carácter nacional, territorial, descentralizado, cofinanciado, nacionalizado o cualquier tipo de vinculación, a partir del primero de enero de 1990, se les liquidarían las cesantías año por año y se pagarían los intereses a las mismas, no comportaba ninguna novedad, para los docentes nacionales que ya eran afiliados al FNA.

Pero obsérvese, Honorables Consejeros, que la ley 50 de 1990, fue expedida **UN AÑO DESPUÉS DE HABERSE CREADO EL FOMAG**, por medio de la ley 91 de 1989. El congreso entonces, ya tenía establecido el “FORMATO GENERAL”, de cómo se iban a

liquidar las cesantías de los demás trabajadores públicos y privados de Colombia después del 1 de enero de 1990, es decir, que en un (1) año, se integraron casi el 100% de los trabajadores del país, tanto públicos en todas sus categorías, así como los trabajadores privados, por orden del legislativo.

Y ¿cómo se redactó la ley 50 de 1990?, pues muy sencillo, con el piloto que se había establecido en el Decreto – Ley 3118 de 1968 (que creó FNA) y la Ley 91 de 1989 (que creó el FOMAG), se estableció la misma modalidad, QUE NO EXISTÍA PARA ESTA FECHA, sino para los empleados públicos del orden nacional y para los docentes nacionales (que no fueron exceptuados de su aplicación en el artículo 4 ibidem), creándose los fondos privados de cesantías, con el objetivo final de descargar esa PESADA OBLIGACIÓN PRESTACIONAL QUE RESULTABA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS RETROACTIVAS CUANDO EL EMPLEADO RENUNCIABA A LA ENTIDAD ESTATAL Y ésta TENÍA QUE APROPIAR SUMAS ASTRONÓMICAS QUE NO TENÍA PROVISTAS, pues el empleado en esta situación de liquidación retroactiva de cesantías, no anunciaba su retiro, sino que sorprendía a la entidad en cualquier momento lo que le causaba un traumatismo gigante, sobre todo cuando resultaban retiros o renunciaciones masivas.

Se estableció adicional una sanción para aquellos empleadores, los cuales no CONSIGNARAN oportunamente las cesantías, en estos fondos al 15 de febrero de cada anualidad.

En el artículo 2 del Decreto – Ley 3118 de 1968, se estableció que, en la administración del Fondo, se tendrían en cuenta los siguientes objetivos, que también sirven **como criterio de interpretación** de las disposiciones del presente Decreto:

“ a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;

b. Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;

(....)

e. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y

f. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social”

Honorables consejeros, obsérvese como fue constituido entonces el FOMAG y que fue pasando con cada uno de los docentes que tenían régimen de cesantías de manera diferente y que se pretendía realizar con los que fueron vinculados después de 1990.

La sentencia en reproche en esta acción de tutela, confunde los regímenes de cesantías de los docentes, con lo **MÁS BÁSICO QUE RESULTA DE LA OBLIGACIÓN DE CONSIGNAR LAS CESANTÍAS DE MI MANDANTE, EN SU CALIDAD DE**

TRABAJADOR DE LA EDUCACIÓN AL FONDO AL CUAL FUE AFILIADO, en este caso el Fomag. *Son 2 cosas diferentes*, pero que en todo caso se explican ante la ley, y siempre se concluye en la necesidad acceder a las súplicas de la demanda por vulneración directa de la ley y de los reiterados pronunciamientos de las altas cortes, pues para eso fueron creados los fondos de cesantías: PARA DESCARGAR AL EMPLEADOR DE LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR CANCELANDO LAS CESANTÍAS Y SEAN LOS TRABAJADORES que se entiendan directamente con estos fondos que tienen la obligación de pagar las mismas. ES SOLO ESO.

Pero miremos que aconteció respecto a las CESANTÍAS CAUSADAS de los docentes que estaban vinculados ANTES DEL 1 DE ENERO DE 1990, y quienes continuaron con el régimen de cesantías de carácter retroactivo, es decir los docentes territoriales y los docentes nacionalizados a quienes se les conservó el régimen de retroactividad de cesantías

El artículo 2 de la ley 91 de 1989, contempló:

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

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, **en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.**

Es decir, si la prestación de las cesantías estaba CAUSADA antes de 1975, sus cesantías estarían cargo de las entidades territoriales o a las cajas de previsión donde estuviera afiliado el docente. ESTO NO REVISTE NINGUNA CONTROVERSIA.

Continúa el artículo 2 de la ley 91 de 1989, determinando responsabilidades así:

“ 3. *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes* definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975. (Subrayas fuera de texto, pero que demuestran que tanto la Nación como las entidades territoriales deberían trasladar en los porcentajes de su artículo 3 las cesantías que hubiesen causado los docentes entre 1975 y 1980)”

Recordemos que la ley 43 de 1975, asignó competencias por parte de la NACIÓN – MEN – de los servicios educativos estatales que estaban a cargo para estas fechas por las entidades territoriales, en un porcentaje del 20% desde 1976, siendo aumentado en la asunción de competencias administrativas y presupuestales, 20% cada anualidad, es decir que para el siguiente año ascendería al 40% para el año de 1977 y así periódicamente un aumento del 20% cada año hasta llegar al año de 1980 al 100%, donde la NACIÓN asume

complemente el manejo de la educación, a lo que se le denominó el proceso de NACIONALIZACIÓN EDUCATIVA.

En este entendido, las CESANTÍAS CAUSADAS de manera proporcional para estos períodos, debía ser trasladadas al Fomag, y así este Fondo, asumiría el pago de las cesantías con retroactividad que le correspondía a cada docente, cuando fuera a solicitar sus cesantías parciales o definitivas según sea el caso.

Determina el numeral 4 del artículo 2 de la ley 91, así:

*“... 4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, **causadas** y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.*

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces...” (Negrillas fuera de texto y que determinan para cada fecha la interpretación de transferencia al Fomag de los recursos dependiendo de la fecha de vinculación del docente)

Es decir para los docentes que ya estaban nacionalizados después del 1 de enero de 1980, a quienes se les causó las cesantías hasta el 31 de diciembre de 1989, sería la NACIÓN, la responsable del pago de las cesantías al Fomag, estableciendo con suma claridad, que además de los pagos que le correspondía realizar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL por el período comprendido entre el 1 de enero de 1980 al 31 de diciembre de 1989, también estaba obligada a firmar los convenios con la entidades territoriales o las cajas de previsión que tuvieran las cesantías causadas de los docentes, antes de 1980, para que fueran pagadas al Fomag y así esta entidad, pudiera asumir la responsabilidad del reconocimiento de las cesantías retroactivas que fueron conservadas para este sector de los docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1980.

La ley no dejó a ningún docente que hubiese causado unas cesantías con retroactividad, desamparado, sino que estableció unas responsabilidades específicas para que los recursos de las cesantías causadas antes de 1989, fueran consignadas con destino al Fondo Prestacional del Magisterio tanto por las entidades territoriales, por las cajas departamentales o nacionales de previsión, como lo fue en su época Cajanal o ya fuera por la asunción de competencias de la Nación después del proceso de nacionalización educativa y así este FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES QUE ESTABA SIENDO CREADO, pudiera otorgar garantías y cumplimiento al pago de las cesantías de los docentes que conservó el régimen de retroactividad de cesantías y que solicitaran cesantías después del 1 de enero de 1990.

En este orden de ideas, Honorables Consejeros de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, sólo faltaba determinar, ¿qué pasaba con las cesantías que se causaran del personal que venía vinculado antes del 31 de diciembre de 1980 y que continuaba para esta fecha en el ejercicio de la docencia oficial vinculado como docente territorial o nacionalizado?

y ¿a quién se le ordenó respetar el régimen de retroactividad de cesantías? Estableciendo en el numeral 5 del artículo 2 ibidem, así:

*“5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.**”*
(Negrillas y subrayas al copiado, que clarifican la expresión PAGAR EFECTIVAMENTE)

Es decir, para los docentes vinculados antes de 1989, y que continuaron en el ejercicio de la docencia oficial después de esta fecha y a quienes se les respetó el régimen de retroactividad de cesantías, la NACIÓN se comprometió a cancelar las cesantías y girar estos recursos para que el Fomag, pudiera cancelar estas acreencias, siendo insistente en establecer el artículo 2 de la ley 91 de 1989, que: “ ... *pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal ...* ”

La expresión: pagarán al fondo ..., establecida en el artículo 2 de la ley 91 de 1989, tanto como obligación para la NACIÓN, como para las entidades territoriales o las cajas de previsión que administraran estos recursos de las cesantías de este personal, explican claramente que el Fomag **debe recibir los recursos efectivos que corresponden al valor de las cesantías para poder cumplir con el pago de las cesantías retroactivas** a los docentes que conservaron este régimen.

Para que no exista duda, el artículo 4 de la misma ley 91 de 1989, determinó:

*“ El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, **siempre con observancia del artículo 2, ...**”*

Queda claro que el Fomag, atendería las prestaciones de los docentes nacionales o nacionalizados, que se encontraran vinculados al 29 de diciembre de 1989, pero siempre y cuando la NACIÓN, las entidades territoriales y las cajas de previsión que fueron contratadas por las entidades territoriales para la recepción de las cesantías hasta esta fecha, TRASLADARÁN Y PAGARÁN EFECTIVAMENTE sus participaciones correspondientes conforme ha sido explicado, a este Fondo Prestacional del Magisterio.

Por su parte, fue específico en determinar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendría la obligación de cobrar y recaudar estos recursos, como objetivos primordiales de su creación, estableciéndose en la ley 91 de 1989, unas funciones concretas así:

“ 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones”.

Bajo estas circunstancias, se le dotó de herramientas al Fomag, para que, por medios coercitivos establecidos en la ley, pudiera realizar el cobro de las cesantías que se le adeuden por parte de la Nación, las entidades territoriales o las cajas de previsión que tenían a cargo este reconocimiento antes de 1989, siendo independiente la clase de vinculación del docente o del régimen al que perteneciera.

Para efectos de determinar los recursos con los que realizaría el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes a los que se les respetó el régimen de retroactividad de las mismas, la parte final del artículo 8 de la ley 91 de 1989, contempló que el Fomag, en cuanto a sus recursos, estaría constituido adicionalmente por:

“ Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año...” (Subrayas en la transcripción)

No cabe duda entonces que la intención en la creación del Fomag, era que se trataba del fondo de cesantías que se unificaba definitivamente para que a partir del 1 de enero de 1990, de esta manera, esta se constituyera en la entidad que se encargará del reconocimiento de las cesantías de los docentes oficiales independiente de la fecha de vinculación al magisterio o su denominación, **PERO SIEMPRE, EN TODOS LOS CASOS**, como lo determinó el artículo 4 de plurimencionada disposición normativa, sí el patrono para cada momento histórico conforme a la legislación que al afecto se fue expidiendo, aportara la cancelación de las cesantías que adeudase y realizara los aportes que se generen en adelante.

Bajo este entendido no resulta cierto, que no exista obligación legal del patrono de consignar las cesantías de los docentes independiente de la fecha de vinculación del docente o del régimen de liquidación de cesantías al que pertenezca. La manera de cancelar estas deudas, se determinó finalmente en el artículo 10 de ley 91 de 1989, que crea el Fomag, así:

*“... La deuda liquidada a cargo de la Nación que resulte de los convenios interadministrativos celebrados entre la Nación y las entidades territoriales **se pagarán al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** dentro de los diez años inmediatamente siguientes a la promulgación de esta Ley, así:*

En los dos (2) primeros años un porcentaje anual del 7%. En los siguientes dos (2) años porcentajes anuales del 10%.

Y en los últimos seis (6) años porcentajes anuales del 11%.

De tal manera que al final de los diez años la deuda se encuentre completamente saldada...”. (Negrilla y subrayas por fuera del texto original)

Este artículo contempla sin realizar ninguna elucubración mental diferente, la expresión: “... La deuda liquidada a cargo de la Nación que resulte de los convenios interadministrativos celebrados entre la Nación y las entidades territoriales **se pagarán al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...**”, es decir es necesario la transferencia de estos recursos del patrimonio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional y de las entidades territoriales al patrimonio del Fomag, situación que controvierte los argumentos expuestos en la sentencia de reproche en la presente acción de tutela contra la decisión adoptada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA, pues es claro que para poder cancelar las cesantías a los docentes, se necesita que el patrono, en este caso las entidades territoriales y la Nación hayan transferido los recursos al Fomag.

Ahora analicemos que aconteció respecto a las CESANTÍAS CAUSADAS de los docentes que estaban vinculados COMO DOCENTES NACIONALES ANTES DEL 1 DE ENERO DE 1990, y quienes ya venían con un régimen de cesantías de liquidación anual y el reconocimiento de intereses a las cesantías desde la expedición del Decreto – Ley 3118 de 1968

El numeral 1 del artículo 2 de la ley 91 de 1989, fue específico en determinar:

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

- 1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.”*

Es decir, si las cesantías se habían causado antes de entrar en vigencia la ley 91 de 1989, sería el FNA el que respondería por la prestación (porque en el caso de las pensiones, que hoy no nos ocupa, sería la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, donde también habían sido afiliados forzosos todos los docentes nacionales para fortalecer en su momento – 1968 – esta entidad.

Es el caso de un docente que se haya retirado del servicio educativo estatal por ejemplo en el año de 1988, para efectos de las cesantías, caso en el cual sería el Fondo Nacional del Ahorro el que respondería por la totalidad de las mismas. Continuó expresando el numeral 5 del artículo 2 de la ley 91 que:

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

Es reiterativa la ley 91 de 1989, que, para el caso de los docentes nacionales, que además ya venían con cesantías que estaban siendo liquidadas anualmente y transferidas desde 1968 hasta el año de 1989 al Fondo Nacional del Ahorro, que fuera esta última entidad que “... **Pagará** al fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente ley, a dicho personal”.

Para poder garantizar el pago las cesantías de los **docentes nacionales** que estuvieran vinculados al 31 de diciembre de 1989 a los servicios educativos estatales y que solicitaran cesantías con posterioridad al 1 de enero de 1990, era necesario que los recursos que fueron aportados por la Nación, como patrono al Fondo Nacional del Ahorro entre 1968 y el 31 de diciembre de 1989, se transfirieran al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, circunstancia que evidencia la necesidad de consignación de las cesantías al Fomag por parte de esta FNA, de estos recursos para los cuales existió un plazo de 10 años como lo determinó el artículo 10 de la misma ley.

Incluso fue tajante **el parágrafo del artículo 5**, para que no se prestara ningún tipo de interpretación, expresando QUE PARA EFECTOS DE LAS PRESTACIONES SOCIALES CAUSADAS hasta la fecha de la promulgación de la ley 91 de 1989, se reconocerían y pagarían con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal que se aplicaba con el Decreto – Ley 3118 de 1968, con el objeto de dejar claro que **todo lo causado** no le generaba obligaciones al Fomag.

Vuelve y contempla específicamente para el caso de los DOCENTES NACIONALES, el artículo 4 de la propia ley 91 de 1989, que: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las **prestaciones sociales de los docentes nacionales** y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, ...”, es decir, siempre y cuando el FNA, las consignara, trasladara las cesantías que previamente la Nación como patrono le había consignado a esta última entidad desde el año de 1968, momento de creación del FNA.

La parte final del artículo 8 de la ley 91 de 1989, así mismo y **en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionales**, determinó para efectos de garantizar el pago **de estas acreencias específicamente** que el Fomag, en cuanto a sus recursos, estaría constituido adicionalmente por:

“... Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año...” (Subrayas al copiado)

Ese corte de cuentas, debía estar perfeccionado en 1 año desde la expedición de la ley 91 de 1989, pero existía un plazo de 10 años para su cancelación. Como quien dice Honorables Consejeros, todas las situaciones para efectos de la consignación de las cesantías al Fomag que fueron causadas y no cobradas por los docentes que se continuaron vinculados a la NACIÓN al 31 de diciembre de 1989, por parte de las entidades públicas, **como es el caso de los docentes nacionales**, era obligatorio que

el FNA girará los recursos que había recibido año por año de la Nación desde 1968 hasta el 31 de diciembre de 1989.

Finalmente observemos que aconteció respecto a las CESANTÍAS QUE SE CAUSARON DE LOS DOCENTES VINCULADOS DESPUES DEL 1 DE ENERO DE 1990 (independientemente si su vinculación se realizaba por las entidades territoriales o por la Nación), y quienes se les comenzó a liquidar las cesantías con un régimen anualizado y el reconocimiento de intereses a las cesantías

El artículo 2 de la ley 91 de 1989, expresó:

“... la Nación ... asumirá sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

*“ 5. **Las prestaciones sociales del personal nacional** y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas** por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; ... ”*

La decisión del Tribunal Administrativo del Huila, la cual es reprochada en esta acción de tutela, confunde el cambio de régimen de cesantías anualizado creado por la ley 91 de 1989, la entidad que debe PAGAR - CONSIGNAR las cesantías al Fomag y ¿cómo y cuándo debe hacerlo? Son 2 cosas diferentes.

Las prestaciones que se generaran a partir del 1 de enero de 1990, la misma ley 91 de 1989, determinó que son de cargo de la Nación, siendo la entidad, por intermedio del MEN quien debía trasladar los recursos que se causen de las cesantías con su nuevo régimen, al respectivo Fondo Prestacional del Magisterio,

Para eso fue se creó el FOMAG. Para que los docentes fueran afiliados de manera forzosa y que los recursos de las prestaciones fueran separados de los demás recursos del estado, o ¿Qué sentido tenía, crear el FOMAG para los docentes y que no fuera financiado en el caso de las cesantías que se causaran con posterioridad al 1 de enero de 1990?

Lo que determinó la ley 91 de 1989, fue la afiliación obligatoria del trabajador docente vinculado después del 1 de enero de 1990 y la financiación por parte de la Nación – MEN del pago de las cesantías, antes del día 15 de febrero de cada año, así como les surge la obligación a todas las entidades del estado con sus empleados de consignar sus cesantías para esta fecha.

Es que el FOMAG es un fondo de cesantías. Es el fondo de cesantías de los docentes (que obviamente también reconoce pensiones, pero que no es el punto a análisis en este momento) y opera de la misma manera PARA EFECTOS DE RECEPCIÓN DE LOS RECURSOS DE LAS CESANTÍAS de los docentes POR PARTE DEL PATRONO que el resto de fondos de cesantías de los empleados públicos del país. Que el régimen de cesantías de los docentes incluya que de esos recursos recibidos se liquiden intereses a los docentes con la tabla del DTF, es una circunstancia diferente y posterior a la obligación

que tiene el MEN, como patrono, de consignar las cesantías al Fomag, antes del 15 de febrero cada año, son 2 cosas diferentes.

Para estos efectos Honorables Consejeros, el artículo 4 de la ley 91 de 1989, en relación a los docentes que se vincularan con posterioridad al 1 de enero de 1990, es contundente en señalar respecto **a la entidad** que atenderá las prestaciones sociales, entre estas las cesantías, así:

“... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de ... de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Para cumplir su objetivo, al FOMAG se le estableció como obligación en el numeral 4 del artículo 5 de la ley 91 de 1989, el deber de:

“ 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes”.

Se le otorgaron facultades al Fomag, para que velara y garantizara que las cesantías de los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, fueran transferidas a esa entidad y exigiera del MEN, su consignación en los términos establecidos en la ley y en la jurisprudencia nacional. Es una obligación del Ministerio de Educación Nacional, hacer esta consignación como patrono, pero si se observa en el plenario, una vez se realizó la petición de cancelación de las cesantías a mi representado y el pago de la sanción por mora por la vía administrativa, es tal la culpa de no haber consignado las cesantías del año 2021, que remitieron las solicitud a la entidad fiduciaria y al Fomag, cuando esas entidades son las víctimas de no haberles consignado por parte del MEN las cesantías.

Que contra sentido: La Nación y las entidades territoriales, en vez de hacerle frente a la omisión de la cancelación de las cesantías a mi representado en el Fomag, antes del 15 de febrero del año 2021, que fueron causadas por mi representada en el año 2020 como docente, remitieron la solicitud a las entidades que terminan siendo las “víctimas” de la omisión del patrono en consignar las cesantías (Fomag y Fiduciaria la Previsora S.A., para que estas respondieran las razones por las cuales como patrono el MEN no le pagó las cesantías en esta fecha a mi mandante y comenzó a causar la sanción por mora establecida, por la ley 50 de 1990.

ENTONCES, ahora resulta, que después de 1990, que se descargó al Ministerio de Educación de esta pesada obligación prestacional, que durante largos años generó, de tener que pagar fuertes, sorpresivas y masivas cesantías parciales y definitivas en cualquier momento a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, y generó esta obligación a cargo del Fomag, previa consignación de las cesantías cuando quedó probado, **ahora para justificar que no debe pagar la sanción por mora a mi representado del año 2021, resulta y acontece que ahora son la Fiduciaria la Previsora S.A. y el FOMAG, QUE EN ESTE CASO SON LAS “VICTIMAS” de lo no recepción de las cesantías por parte del MEN, las que DEFIENDEN LA TEORÍA QUE NO DEBE CONSIGNAR LAS CESANTÍAS, expresando que entonces no se aplica la ley 50 de 1990**

y la ley 344 de 1996, para justificar que su propio deudor, no le adeuda nada, pues la Presidenta del Consejo Directivo del fondo, es la misma MINISTRA DE EDUCACION DEUDORA, dando la instrucción internamente, que esa debía ser la posición de la fiduciaria la Previsora S.A. y el Fomag. QUE TAL ESTO HONORABLES MAGISTRADOS.

Honorables Consejeros, queda demostrado que a los docentes que estaban vinculados antes del 31 de diciembre de 1980 (régimen de retroactividad de cesantías), a los docentes nacionales (vinculación antes del MEN – régimen anualizado de cesantías desde 1968) y a los docentes vinculados después de 1990 (régimen anualizado con pago de intereses), el Gobierno Nacional, las entidades territoriales, las Cajas Departamentales y Nacionales de Previsión, el Fondo Nacional del Ahorro y el Ministerio de Educación después de la nacionalización de la educación por ley 43 de 1975, deben consignar las cesantías al Fomag antes del 15 de febrero de 2021 a los docentes, entre ellos a mi representado y por lo tanto la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila, debe dirigirse una decisión según lo determinado en la ley, en virtud del principio de igualdad, de favorabilidad y de precedente reiterativo de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su Sección Segunda, conforme a los objetivos para lo cual fue creado el Fomag.

Para el año 2001, se expide la ley 715 del año 2001 y estableció en su artículo 18 que nuevamente se les otorgaba 2 años más de plazo, a todas las entidades públicas del Estado que debieran cesantías a los trabajadores de la educación, incluyendo este plazo al Ministerio de Educación Nacional, para que regularizara en el año 2003 y efectivamente la mayoría de departamentos, de municipios, de entidades territoriales y la nación se pusieron al día con las deudas que debía del año 2003. O sea, que sí le consignaron al FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO (Fomag), las cesantías que tenían con anterioridad 29/12/1989 y las cesantías que le debían y se causaron a favor de los docentes entre el 1989 al año 2003, con todos esos recursos, señora juez, en el año 2003, si comenzó a pagarse cesantías parciales o definitivas. Aquí se concatenan dos historias:

La primera, el objetivo de la creación del FOMAG y la segunda, el objetivo del cambio de régimen de cesantías de los maestros oficiales en igualdad de condiciones al cambio de régimen de las demás servidores y trabajadores de Colombia en 1990, descargándole la obligación del pago de estas cesantías al patrono – MEN – y estableciendo unas responsabilidades al Fomag y a la fiduciaria la previsora S.A., después del 1 de enero de 1990.

Recordemos que la Ley 50 de 1990, otorgaba la posibilidad a los empleados y trabajadores públicos del estado de someterse a sus preceptos, de percibir las cesantías año por año o, si su vinculación era anterior, podían escoger, el sistema de liquidación de cesantías que a bien tuvieran. Esta libertad, no la otorgó, la Ley 91 de 1989 y aquí es donde se genera una gran diferencia, aquí no estamos diciendo o estableciendo que los maestros tuvieran que tener una cuenta individual, nosotros no estamos planteando eso, nosotros estamos diciendo, es que a partir del 15 de febrero de cada anualidad desde 1991, le surgió la obligación al patrono, es decir, para este caso concreto, al Ministerio de Educación Nacional, quien debía consignar sus cesantías al FOMAG, lo que pase de ahí para adelante, sí constituyeron cuentas individuales o cuentas colectivas, eso no es motivo del debate de este asunto. Por es esa razón, la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila

reprochada en esta acción de tutela, no fue expedida acorde con la normatividad que regula la materia y la jurisprudencia nacional.

Honorables Consejeros, debe centrarse en establecer un tema importante: no fueron tenidas en cuenta las ultimas 21 sentencias del Consejo de Estado, donde esta alta jurisdicción contenciosa administrativa se hace la pregunta, **¿le es aplicable sí o no, La Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FOMAG?** Y el Consejo de Estado, al unísono, en su sección segunda en sus diferentes salas, compuestas por sus 6 Consejeros, cada uno de ellos en sus diferentes ponencias han expedido sentencias haciéndose la misma pregunta y la respuesta ha sido siempre positiva, y aquí es donde se centra el debate, porque las demandadas insisten, en que NO EXISTE la obligación de que la Nación deba consignar las cesantías al FOMAG, situación que fue replicada en la decisión del Tribunal Administrativo del Huila que ha sido tutelada en esta oportunidad, pero es claro que existe la obligación de sus consignación antes del 15 de febrero de cada año, como están encaminadas las pretensiones de este asunto, puntualmente, las cesantías del año 2020, de esta manera garantizar las prestaciones a los trabajadores, eso es lo que estamos pretendiendo acá.

Honorables Consejeros de la sección segunda, en el sentido de indicar que, al existir un mal llamado régimen especial, no le es aplicable al Ley 50 de 1990, es claro, aquí no hay ningún régimen especial, de las cesantías, puesto que las cesantías anualizadas de los maestros oficiales, se liquidan de la misma forma, como se liquidan a los a los empleados públicos y privados del país, la única diferencia radica en los intereses a las cesantías, los cuales, se les cancela liquidando el DTF sobre el saldo acumulado, que para el año 2020, pero esta es una situación no es una circunstancia novedosa como lo quiere hacer ver la entidad demandada y la sentencia hoy en reproche, PUES ESTOS INTERESES A LAS CESANTÍAS, YA SE LES PAGABA A LOS DOCENTES NACIONALES DESDE 1968 en el artículo 33 del Decreto 3118 de 1969, **Intereses en favor de los trabajadores.** (Modificado por el Artículo 3. de la Ley 41 de 1975), donde claramente se expresó que:

*“ El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del **nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47”.***

Honorables Consejeros, se supone que un régimen especial trae consigo inmerso un mayor beneficio, que las normas generales, esto para poder tener una justificación de que tienen un régimen especial. Ejemplo: Si una persona es vinculada al magisterio en el año 2020, se gana cuatro millones de pesos, cuando termine esta anualidad, el 31 de diciembre del año 2020, ha generado al igual que un trabajador público o privado de cesantía anualizada, la diferencia se da en el pago de los intereses, mientras al docente afiliado al magisterio le corresponde \$145.600, mientras que a los demás trabajadores del régimen general les pagaron \$480.000.

Al siguiente año 2021, digamos que los dos empleados causan una cesantía por valor de \$5.000.000, el DTF para esa anualidad fue de 2,55%, teniendo en cuenta la ley especial y tomando el saldo de cesantías aculadas en el caso del docente, tenemos que sobre \$9.000.000 de saldo se generan \$229.500 y para el trabajador de régimen general un

interés por valor de \$600.000. En conclusión, el docente en su régimen especial recibió \$375.100 de interés cesantías en total, mientras el trabajador de régimen general \$1.080.000. Entonces según la posición adoptada por el Ministerio de Educación Nacional y de la Entidad territorial, insisten que es más favorable, el régimen especial, pero acá quedó demostrado que no es así, entonces ese argumento de la liquidación de los intereses es superior, adoptado por la sentencia tutelada del Tribunal Administrativo del Huila, queda desvirtuado.

La Sección segunda del Consejo de Estado, tiene a su cargo el expediente No. **11001-0325- 000- 2016- 00992- 00**, porque a través del artículo 5° del Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, limitan a los maestros a la solicitud de sus cesantías parciales cada 3 años, contados después de que se les realiza el pago de su cesantía parcial anterior, norma declarada nula por esta sección, por extralimitar las funciones del Consejo Directivo del Fomag, situación que no resulta con ninguna dificultad de interpretación por ser de amplio conocimiento de la Sección Segunda del H.C.E.

¿Cuál es la razón de esta conducta antijurídica del Fomag hacia los maestros? Es necesario honorables Consejeros, recordar que la discusión de los maestros en las altas cortes y el Consejo de Estado con el Gobierno ha sido muy fuerte, permanente y siendo necesario acudir siempre a la rama jurisdiccional a debatir sus derechos que sí poseen el resto funcionarios públicos del estado que se encuentran en su misma situación.

Es necesario traer a colación que existe otra sanción mora del régimen general aplicable a los docentes y es la contenida en la Ley 1071 de 2006, que es muy común en la jurisdicción contenciosa administrativa de Colombia, la cual se causa por no pagarse dentro de los 70 días hábiles las cesantías a los docentes después de realizada la solicitud de la prestación, demanda que en la mayoría de los casos resulta en una condena a cargo de las aquí demandadas. Aquí debemos pensar en dos (2) situaciones: la primera, esta norma que limita a que cada tres años los docentes puedan solicitar, sus cesantías el mismo Consejo de Estado en el proceso **11001- 0325- 000- 2016- 00992- 00**, en la sentencia del año 2019, declara nulo tal acuerdo del Consejo Directivo, teniendo como argumento que el Consejo directivo de FOMAG no tiene competencia, no tiene autoridad, no tiene la capacidad por encima de la misma ley, es un consejo directivo que se reúne internamente en el Fondo Prestacional cada dos meses, para establecer acuerdos internos y así determinar cuál debe ser la conducta sin importar que estén estas decisiones en contra de la ley, porque las cesantías son una prestación social que se puede solicitar cuando el trabajador la necesite, en cualquier tiempo y que es avalada constitucionalmente. Recordemos que estos recursos, que pueden solicitar los funcionarios públicos en cualquier momento, pueden ser utilizados para arreglo de vivienda, cubrir el pago de hipotecas, estudiar bien sea el docente, su cónyuge o sus hijos. SINO SE GIRAN EFECTIVAMENTE LOS RECURSOS DE LAS PRESTACIONES AL FOMAG, DE CONFIRMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN LA LEY 91 DE 1989, NO SE PUEDE INFERIR UNA GARANTÍA PRESTACIONAL.

Y, en segundo lugar, Honorables Consejeros de la SECCIÓN SEGUNDA del H.C.E., es que no podemos seguir colocando a la pared a la Fiduciaria la Previsora y al Fomag, por cuanto estas entidades hacen los mayores esfuerzos en pagar las solicitudes de cesantías a los docentes, pero, ¿qué hacen si el patrono, en este caso la NACIÓN-MEN no les paga

las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad? ¿Qué hace sí es el patrón de mi representada es el que no traslada los recursos para ser cancelados oportunamente? y de esta manera, evitar que se siga presentando la mora de ley 1071 de 2006 también.

Desde la fijación del litigio era claro que a mi mandante no le consignaron las cesantías antes del 15 de febrero del año 2021, esto no se encuentra en discusión. Está claro que no le consignaron las cesantías, está claro que se quiere proteger al patrono bajo el débil argumento un régimen especial que no existe y que no está eximido de esta responsabilidad de esta consignación, puesto que la misma norma especial Ley 91 de 1989, asignó la competencia de la consignación de los recursos al Fomag y las cuantías. Se encuentra demostrado claramente que el hecho que se liquiden sus intereses a las cesantías, es incluso inferior a lo que se refiere a los demás empleados públicos del país y que estos no es una situación diferente a la que ya venía sucediendo con los docentes nacionales desde 1968. Y entonces ahora, ¿cuál es la razón? Entonces, ahora, ¿cuál es la suficiente razón para expresar que se apliquen normas de carácter diferenciado? Pues claro, si le fueran a pagar el doble del valor de los salarios por concepto de cesantías, se les creería, pero entonces, les pagan tardíamente los intereses a las cesantías, después de los demás empleados públicos de Colombia y por debajo de la tasa sobre la que les liquidan a los demás empleados. ¿Ese es el régimen especial que tienen los maestros?

Entonces, ¿qué pasó en el año 2006 con la creación de la Ley 1071? se estableció los términos para la liquidación de cesantías, ¿por qué hubo esta necesidad de expedir esta disposición normativa de aplicación para los docentes? Pues los términos de reconocimiento y pago de las cesantías a los maestros eran hasta 7 años. ERA EL UNICO SECTOR DEL SECTOR PUBLICO A LOS QUE LES ACONTENCIA ESTA CIRCUNSTANCIA. ¿Por qué se demoraba todo este tiempo? Porque las demandadas se negaban a aplicar la sanción mora a los docentes y además no eran consignados al FOMAG los recursos de las cesantías a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, entonces la consecuencia necesaria, el maestro no tenía nada que hacer, no tenía derecho ni a casa, ni estudiar ni a nada. Entonces, ahora que estamos pidiendo la progresividad de los derechos, instituido en la Carta Constitucional, que solicitamos un trato igualitario, una aplicación beneficiosa para quien represento, **no tratamiento superior** y ahora que estamos demostrando, que la equivocación del Estado al no transferir las cesantías año por año, como aconteció en el año 2021, entonces resulta en una interpretación restrictiva del Tribunal Administrativo del Huila el día 5/9/2023, con la que se protege al empleador incumplido que NO CONSIGNÓ LAS CESANTÍAS, y este fallo en contra del trabajador resulta con la consecuencia de no tener garantizada sus prestaciones sociales, mientras que, el resto empleados públicos del país tienen sus cesantías debidamente consignadas, mientras el 100% de trabajadores privados de Colombia tienen las cesantías consignadas en el fondo de cesantías y los únicos que discriminan es a los maestros y que ahora que respetuosamente le solicitan al T.A.H. que simplemente aplique justicia con esta situación desmesurada a este caso en concreto, que conlleva a generar incluso más procesos de sanción por mora de ley 1071 de 2006 (al no poseer la plata de las cesantías para cancelarlas a tiempo el Fomag).por argumentar no tener la obligación de garantizar las consignaciones de cesantías.

Cuando en la ley 91 1989, su artículo 15 se estableció que: “... Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de **las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden**

nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, **o que se expidan en el futuro**, con las excepciones consagradas en esta Ley”, la intención directa era que se tratarán igual a los maestros que ya eran nacionales, afiliados al FNA, que se le consignará las cesantías y que estos recursos se separaran de los recursos de la NACIÓN – MEN como patrono. Así mismo, como los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, recibían intereses de las cesantías de conformidad con el artículo 33 del Decreto – Ley 3118 de 1968, además se les aplicara el caso de los vinculados después de 1990, la misma normatividad.

Honorables Consejeros, esta NO es una postura doctrinante un apoderado en Colombia, sino que es una posición adoptada desde el análisis de las altas cortes, como es la de la Corte Constitucional, la del Consejo de Estado y del contenido de la ley, que se solicita sea adoptada por aquellos docentes que hoy, de manera individual, en primera instancia, tienen que solicitar justicia, ante los estrados y que las circunstancias que se derivan de la falta de consignación de las cesantías a los maestros, antes de cada 15 de febrero, no se continúen, generando demandas por ley 1071 de 2006, al no contar con los recursos, para cubrir las solicitudes de las cesantías de los maestros y por eso el FOMAG continua demorando en su cancelación porque lo colocaron contra la pared como víctima.

Lastimosamente lo que acontece con las situaciones en el estado, ahora el Fomag y la Fiduciaria la Previsora, defendiendo al MEN como patrono, diciendo que no existía la necesidad de que le consignaran las cesantías, cuando Honorables Consejeros en el anterior plan de desarrollo, fue expedido el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, donde se tuvo que apropiar el Estado, **1,1 billones de pesos, para cancelar las demandas que el FOMAG, tuvo que recibir durante estos últimos 6 o 7 años por no tener los recursos de la consignación de las cesantías de los docentes por parte del patrono al 15 de febrero de cada año**, y que se siguen revistiendo ahora el MEN, protegido por la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila, sobre esa bandera, escondiéndose sobre esta situación.

Lo que sí sería pertinente revisar Honorables Consejeros, es ¿cuál es la necesidad de seguir creando procesos contra el FOMAG?, porque sí los maestros no les pagan las solicitudes de cesantías a tiempo, pues van a demandar la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006. Mientras el FOMAG, no reciba los recursos correspondientes de las cesantías causadas cada año por parte del MEN como patrono el 15 de febrero de cada anualidad, LAS CESANTÍAS PARCIALES Y DEFINITIVAS de los docentes no se cancelarán a tiempo y esto será un círculo vicioso que mi mandante está pidiendo acabar, evitando hacía el futuro el detrimento del erario público, estando la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, en un momento histórico, de tomar una decisión acertada, juiciosa y con el avance jurisprudencial que existe, protegiendo a los maestros de esta situación, así como están protegidos el resto de empleados públicos y privados en Colombia, que se encuentran en igualdad de condiciones.

Es preciso indicar que es un círculo vicioso, señores consejeros, y que en la jurisdicción contenciosa, se observa en la aplicación jurídica un caso específico, concreto, claro y preciso, va al traste para que esto se acabe ¿por qué no le pagan las cesantías parciales a los maestros por 1071 de 2006, de manera oportuna? La explicación, es porque el FOMAG, no tiene la Plata, recursos que debería haber tenido, desde que la Ley 91 /1989 estableció que año por año le transfiriera la Nación al FOMAG, entidad que es aquí, la víctima, aquí la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Fomag, son las “víctimas”, de la no consignación del patrono, NACIÓN – MEN.

A los docentes le son aplicables los Decretos Nacionales 3118 de 1968, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978 y 1045 de 1978, y **las demás que se expidieran en el futuro**, pues así lo determinó la ley 91 de 1989 de la que tanto insisten las entidades demandadas, como es el **caso de la ley 50 de 1990 y la ley 344 de 1996**, que son expresas en afirmar esta la obligación del patrono con la consignación de las cesantías a los docentes oficiales en el Fomag a más tardar el 15 de febrero de cada anualidad.

Y sí le son aplicables a los docentes las normas de los empleados públicos del orden nacional, llegamos a los dos (2) temas que quería exponer Honorables Consejeros. Entonces ¿cuáles normas del orden nacional se les aplica? Pues la primera es el Decreto ley 3118 de 1968, que establecía la necesidad que las cesantías fueran liquidadas y consignadas en el Fondo Nacional del Ahorro. Y se le continúan aplicando las normas establecidas para los empleados públicos del orden nacional, ¿qué norma se debe tener en cuenta para el pago de los intereses? Pues la norma es la ley 52 de 1975. Un Consejo Directivo de una entidad, no se encuentra por encima de la ley, pues es desvirtuar la competencia del mismo congreso. Afortunadamente la justicia administrativa es rogada y le solicitamos la aplicación de la excepción de constitucionalidad de conformidad con los artículos 4, 90, 91 y 242 de la Constitución Política y de la Ley 1437 de 2011, que se inaplique este acuerdo y para el efecto del Reconocimiento de la sanción establecida en esta disposición, por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías a los docentes públicos, se tenga en cuenta el contenido de la Ley 52 de 1975, exceptuando por vía de control de inconstitucionalidad, para que opere la inaplicación del Acuerdo expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Sería tanto como expresar, que no existe necesidad de consignar a los jueces, a los Consejeros y demás funcionarios judiciales o procuradores, antes de cada 15 de febrero de cada año, sus cesantías por cuanto el Ministerio de Interior y de Justicia es potente, superior, que posee suficiente presupuesto y por lo tanto los empleados públicos de la rama judicial, fiscalía y de las procuradurías, entonces tienen que aguantarse, que las cesantías solo estén consignadas o disponibles materialmente cuando las soliciten, mientras tanto solo sean una ilusión o un reporte, un documento.

Ahora bien, es claro que existían dos (2) posiciones, pero después del estudio de la Corte Constitucional de 17 de octubre de 2018, en la expedición de la sentencia SU-098 de 2018, es que el Consejo de Estado se ha acogido a la interpretación favorable, en el sentido de indicar que si le resulta aplicable la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. Que sigan manifestando las entidades demandadas que la SU-098 estudia otra situación jurídica, por otra situación fáctica, no resulta cierto, pues es necesario dejar claro que la ley 50 de 1990 CASTIGA LA FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN EL FONDO DONDE ESTÉ AFILIADO EL TRABAJADOR, NO LA FALTA DE AFILIACIÓN A UN FONDO, es por esto que a los maestros deben tratarse en igualdad de condiciones, que al resto de empleados públicos del país, no es por capricho de este apoderado, es basado en el principio de igualdad, de legalidad y de favorabilidad, que, como iteradamente he manifestado, proviene de la historia y de evolución normativa y jurisprudencial.

Las razones de la creación del FOMAG en 1989, fue un (1) año con anterioridad a la creación de la Ley 50 de 1990 y se fue ampliando con la expedición de la Ley 344 de

1996, la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los empleados públicos del país, proviene una progresividad de un avance, una creación de carácter jurídico, que contiene no solamente un planteamiento de carácter constitucional, SINO de una legalidad y esa legalidad está siendo protegida por el Consejo de Estado, porque esa injusticia, que también existía antes de no reconocer la sanción por la Mora de la Ley 1071 de 2006 a los maestros se acabó y aquí tenemos que procurar, señores consejeros es mantenerse esa progresividad y protección a los derechos que han sido vulnerados por la Nación –Ministerio de educación, no solo en la anualidad solicitada, sino a las cesantías que se generen de los docentes con posterioridad al año 2021.

VII. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

MI REPRESENTADA EN LOS PLANTEAMIENTOS ESBOZADOS EN ESTA ACCIÓN DE TUTELA HA CREIDO FIRMENTE EN LAS 22 SENTENCIAS QUE HAN SIDO EXPEDIDAS ENTRE EL AÑO 2021 Y 2022 SOBRE SU DERECHO, HABIÉNDOSE GENERADO EN ELLA LA CONFIANZA LEGÍTIMA, PARA QUE, AL MOMENTO DE HABER PRESENTADO SU DEMANDA CONTENCIOSA, LO REALIZÓ CONOCIENDO LA POSICIÓN PREVIA Y CLARA DEL MÁXIMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL

La seguridad jurídica es reconocida en Colombia como un principio que debe predicarse de algo concreto, que abarca tanto lo público, como lo privado, en la parte orgánica del Estado ofrece parámetros esenciales, en el estado social de derecho es una garantía que tiene estrecha relación con la legalidad y la buena fe.

Cuando los conflictos son sometidos a una decisión judicial deberán ser decididos en los términos perentorios establecidos por la ley, ya que este precepto tiene estrecha relación con los principios constitucionales.

“Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobre todo, la indefinición jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos. Lo anterior, sería desconocer el deber del Estado de proteger la vida, honra, bienes, derechos y creencias de los asociados (Art. 2o. C.P.), así como la obligación de toda persona y de todo ciudadano colombiano de respetar los derechos ajenos, de obrar conforme al principio de seguridad social, de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95 num. 1o., 2o., 3o. y 7o.). (C. Const.T-284/94 M.P. V. Naranjo).”

Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002:

“3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. (C. Const. C-250/12 M.P. H. Sierra).

La Honorable Corte Constitucional ha determinado claramente:

“C-284-2015

*Esta postura permite identificar los intereses constitucionales comprometidos con la salvaguarda de la seguridad jurídica en la actividad judicial: su garantía permite a los ciudadanos prever las reglas que les serán aplicadas. La estabilidad en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 2) dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite. Al fundamento de la seguridad jurídica también concurre el principio de la buena fe que impone a las autoridades del Estado, el deber de actuar de manera coherente y de abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83). También el reconocimiento de la seguridad jurídica se apoya en la cláusula de Estado de Derecho (art. 1) **en tanto permite que las autoridades judiciales adopten las decisiones con apoyo en reglas preexistentes y no con fundamento en su propia voluntad.***

*En atención a la importancia que tiene entonces preservar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en las actuaciones judiciales, el ordenamiento constitucional y la jurisprudencia de esta Corporación, han fijado varios instrumentos con ese propósito. **En primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la “ley” lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la “ley”. En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, la ley –tal y como ocurre por ejemplo con la 153 de 1887– establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad. En quinto lugar, algunos estatutos como la Ley 1437 de 2011 incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).***

La seguridad jurídica en los términos expuestos se vincula con la igualdad de trato establecida por el artículo 13 de la Carta al prescribir que todas las personas recibirán

la misma protección y trato de las autoridades. En efecto, si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los ciudadanos no podrían esperar que el asunto que someten a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma. Así las cosas, seguridad jurídica es una condición necesaria para garantizar el mandato de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta (...)” (Negrita y subrayado fuera de texto original)

Presupuestos de la seguridad jurídica: Sobre este particular, el autor español Juan Bolas Alfonso (1993) hace una clarísima clasificación que distingue entre los presupuestos objetivos y aquellos que considera de carácter subjetivo. Como presupuesto objetivo de la seguridad jurídica menciona solamente uno que denomina escuetamente “la ley aplicable” y que debe reunir los siguientes requisitos:

- “1. Que exista una ley aplicable...;
2. Que la ley se publique de forma que sea conocida por todos;
3. Que la ley sea clara...;
- 4) Que la ley esté vigente y no sea alterada por normas de inferior rango y se aplique a los hechos acaecidos con posterioridad a dicha vigencia...;
- 5) Que la aplicación de la ley esté garantizada por una Administración de Justicia eficaz...” (p. 43). (Arrazola, 2014).

Honorables Consejeros que conocen esta RESPETUOSA acción de tutela, obsérvese que la INTENCIÓN DE LA MISMA, es que se respete el establecimiento de la ley, los alcances de la interpretación de más de 22 sentencias que al unísono se han expedido sobre la materia en el H.C.E. SECCIÓN SEGUNDA, con ocasión de la CONFIANZA QUE GENERÓ EN LOS DOCENTES OFICIALES vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, al haberse proferido gran cantidad de sentencias entre el año 2021 y 2022 por parte de la sección segunda del H.C.E., que los conllevó a solicitarle a esta jurisdicción que sus cesantías del trabajo del año 2020, fueran trasladadas al Fomag a más tardar el 15 de febrero del año 2021, derecho que fue negado, habiéndose generado una cancelación de una sanción por mora establecida en la ley 50 de 1990 y la ley 344 de 1996.

La seguridad jurídica puede manifestarse de diferentes formas, pero la más notoria es cuando una situación hace tránsito a cosa juzgada, esto significa que la autoridad que profirió la decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre lo que decidió, es la regla general; y la excepción es, cuando las circunstancias especiales del ordenamiento jurídico lo permiten como cuando se da paso a la revisión, y la nulidad de las actuaciones, poniendo en duda la certeza de los procedimientos establecidos en un determinado ordenamiento jurídico, vulnerando principios y derechos fundamentales.

Precisamente, nace la necesidad de proteger el derecho para mi mandante, teniendo de presente la copiosa jurisprudencia que al efecto se ha expedido sobre la aplicación de la ley 50 de 1990, en su artículo 99, con el objeto de buscar para ella un trato igualitario y beneficioso, con respecto al pago de sus cesantías al Fomag, antes del 15 de febrero de cada año. Es cierto que existe una abierta discordancia. entre lo expresado por la Sección Segunda, en más de 22 ocasiones entre los años 2021, 2022 y 2023 y la decisión adoptada el 5/9/2023 por el Tribunal Administrativo del Huila, en el expediente radicado No. **41001333300320220019201**, siendo el deber ser de los órganos de cierre, en este caso la Sección Segunda del H.C.E. evitar vulnerar derechos de las personas que deciden acudir

a la administración de justicia con el fin del reconocimiento de un derecho conforme a los principios y derechos constitucionales.

Así, el Consejo de Estado tiene la responsabilidad y asume una importante función, consistente en identificar las decisiones de la jurisdicción que, constituyen jurisprudencia establecida, reiterada y comúnmente aceptada por los jueces, siendo esta una oportunidad valiosa para proteger los derechos del docente que represento.

De esta manera lo ha determinado, la Honorable Corte Constitucional:

“SU 072/2018

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA-Jurisprudencia constitucional

La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite.

La jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: (i) la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).”.

El principio de seguridad jurídica se realiza en aplicación de la confianza legítima del Estado, favorabilidad, igualdad, progresividad; pudiendo con la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila al generarse fallos contradictorios, ante la existencia de pronunciamientos tan reiterativos, constantes, pacíficos y claros para el caso en estudio, donde es pertinente el contenido riguroso del artículo 99 de la ley 50 de 1990 a quien represento por parte del órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo.

Causa entonces, suma extrañeza, que el T.A. del Huila, expide una decisión, afectando los derechos de las personas que se encontraban a la espera de que la administración de justicia decidiera, pues, con justificación objetiva la Sección Segunda del Consejo de Estado decide unificar en sus 2 salas “A” y “B” jurisprudencia en el año 2021, 2022, 2023, en torno a la aplicación definitiva para los docente vinculados después de 1 de enero de 1990, en torno a la aplicación de la ley 50 de 1990, lo que significa que el patrono, en este caso el MEN, solo debe trasladar antes del 15 de febrero de 2021, del trabajo del docente en el año 2020, sus cesantías al Fomag.

Entonces, no es admisible que se realice una evidente vulneración a los derechos de las partes frágiles dentro de los procesos judiciales, siendo el precedente contrario a los derechos y principios establecidos en la Constitución Política.

Ahora bien, también es necesario abordar el principio de seguridad jurídica, el cual debe ser considerado como la certeza que goza la comunidad jurídica, que los jueces y en general los cuerpos colegiados decidan casos de similar naturaleza de la misma forma; en consecuencia, esta previsibilidad de las decisiones judiciales es una garantía sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas y dicha certeza se ostenta cuando los jueces, magistrados y consejeros han interpretado y seguirán interpretando el ordenamiento de manera consistente, estable y pacífica. Dicha certeza hace posible a las personas actuar libremente y acudir a la jurisdicción en aras de obtener un resultado, con base en anteriores pronunciamientos que sean de una similar naturaleza. Ahora, la falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a un desorden social, pues los ciudadanos no tendrían certeza respecto al contenido de sus derechos y obligaciones.

Ahora bien, la seguridad jurídica está correlacionada con el principio de buena fe, el cual se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Carta Magna, así: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelantes ante éstas”* y lo anterior, también se encuentra relacionado con la confianza legítima.

Por ello, el derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia, principio que funciona como un límite a las actuaciones de las autoridades, que pretende hacer frente a eventuales modificaciones impulsivas en su manera natural de proceder, situación que genera un riesgo al principio de seguridad jurídica. Es decir, que esta garantía únicamente adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan cierto tipo de fundamento legal formal sean irracionales, teniendo en cuenta la expresión latina *“venire contra factum pro-prium non valet”*, la cual es la doctrina de los actos propios que consiste en el principio general de derecho que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con antelación; en otras palabras, prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento ya mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra, que habría actuado de tal forma con base en la buena fe de la primera.

Así entonces, la confianza no solo se garantiza con la publicidad del texto de la Ley, así como tampoco se agota con la mera adscripción nominal del principio de legalidad, sino que también debe ser vista bajo la órbita de la protección a las expectativas legítimas de los ciudadanos, de que la interpretación y aplicación de la Ley por parte de jueces y cuerpos colegiados será razonable, consistente y uniforme. En consecuencia, la conducta del Estado como administrador de justicia no se agota con el solo juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, ya que no se trata de realizar un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta del Estado, que conlleva una dimensión de los principios de continuidad y unidad de la jurisdicción.

Con base a lo anterior, es que mi representada utilizó los procedimientos legales solicitando el pago de sus cesantías como docente en igualdad de condiciones que el resto de empleados públicos del país, lo realizó conociendo previamente TODOS LOS PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS Y RECIENTES DE LAS ALTAS CORTES Y EL H. CONSEJO DE ESTADO, no lo hizo caprichosamente, sino por luchar por sus derechos laborales y fundamentales ante el trato desigual frente a otros servidores públicos, máxime cuando ya existían decisiones preconcebidas respecto de la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. Por ello, se resalta a su Despacho la necesidad de aplicar por parte del Tribunal Administrativo del Huila en su oportunidad, los pronunciamientos realizados previamente por el Consejo de Estado, con respecto al tema central que nos atañe.

¿QUÉ SENTIDO TIENE QUE LOS DOCENTES OFICIALES HUBIEREN INICIADO UNA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA HACE 2 AÑOS CON BASE EN 22 SENTENCIAS EN “LÍNEA DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL”, SI UNA VEZ INICIADO SU PROCESO, EL CONCEPTO PUEDE VARIARSE EN CUALQUIER MOMENTO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS, QUE DESDE AHORA RECONOCIENDO SU AUTONOMÍA, ¿NO ACATA LO ESTABLECIDO POR EL MÁXIMO ORGANO DE CIERRE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO?

No existe seguridad jurídica para el docente que demandó la aplicación de la ley 50 de 1990, siendo que era una línea pacífica e imperante como obligación determinada al MEN, como patrono, por el Honorable Consejo de Estado si una decisión del a-quo puede contrariar fácilmente el contenido de las de 22 sentencias expedidas de manera reiterativa entre el año 2021 y el año 2022.

Así, al obtenerse este precedente jurisprudencial tan reiterativo, se está en búsqueda de una seguridad jurídica; en el presente caso, sucede todo lo contrario, al existir una sentencia expedida el día 5/9/2023, por parte del T.A. del Huila, se genera una enorme contradicción entre lo que con la absoluta seguridad iba a ser protegido por este Tribunal Administrativo, desdibujando lo que expresado por el Honorable Consejo de Estado, lo que nos ha generado la necesidad de presentar esta respetuosa acción de tutela.

Pudiendo entonces, existir una vulneración de derechos para aquellas docentes que estando en iguales condiciones de mi mandante (vinculados después del 1 de enero de 1990), y que la diferencia en las decisiones sea determinada no por lo que en derecho les corresponde, es que nos motivamos comedidamente a que esta situación sea recogida y se ordene que se profiera una nueva decisión judicial, que permita a mi mandante poder hacer uso de sus cesantías del año 2020, una vez sea consignada por parte del patrono y se ordene por esta conducta de la entidad demandada, el pago de la sanción por mora contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 a mi mandante.

Cuando hablamos de la necesidad de proteger la seguridad jurídica, estamos refiriéndonos al conjunto de derechos que se ven vulnerados en virtud de esta, así las cosas, podemos hablar de la existencia en el actual caso, de una cosa juzgada relativa la cual consiste en hacer inmodificable e irrevocable una posición contenida en las siguientes sentencias proferidas por el H.C.E. en su Sección Segunda:

				VALBUENA HERNÁNDEZ
13	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
14	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
15	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
16	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
17	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
18	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
19	76001-23-33-000-2013-00756-01 (2224-2020)	28 de abril de 2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA
20	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
21	47-001-23-33-000-2019-00359-01 (4004-2021)	19 de mayo de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
22	47-001-23-33-000-2019-00376-01 (4462-2021)	1 de julio de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
23	08001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22 de Agosto de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
24	08001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22 de Septiembre de 2022	Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
25	76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)	19 de enero de 2023	Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ	DR. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS – Dr. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ
26	47001-23-33-000-2018-0231-01 (0871-2020)	26 de enero 2023	DR. RAFAEL FRANCISCO GOMEZ	DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ – DR. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

El desconocimiento de estas sentencias proferidas por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, por parte del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA en la decisión proferida el 5/9/2023, es una abierta contradicción de la seguridad que el C.E. generó, traducándose en una vulneración al principio de igualdad,

confianza legítima, seguridad jurídica, unidad, coherencia del ordenamiento jurídico y falta de aplicación del principio de favorabilidad a un caso concreto.

Ahora bien, si en gracia a discusión se llegase a hablar de la falta a los requisitos establecidos para realizar un cambio de jurisprudencia, pues la misma, debe ser suficientemente argumentada, lo cual no aconteció en el presente caso, pues lo único que se expresó que existía **UNIDAD DE CAJA EN EL MANEJO DE LOS RECURSOS DEL FOMAG y que no existe sentencia unificada, despreciando la masividad de sentencias expedidas por las 2 secciones que conforman la sección 2da. del H.C.E.**

LA UNIDAD DE CAJA solo significa que pueden utilizarse los recursos de salud para pagar pensiones y cesantías de los docentes y lo contrario, también pueden utilizarse los recursos de cesantías para asumir el pago de pensiones una vez son trasferidos al Fomag, pero es una situación diferente a que el pago de las cesantías a los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, no deba consignarse antes del 15 de febrero de cada anualidad por parte del patrono al Fomag. SON DOS COSAS DIFERENTES.

Se confunde la unidad de caja que posee en el Fomag cuando los recursos son consignados a tiempo por parte del patrono, con los momentos en que el patrono, en este caso el MEN, debe apropiar los recursos al Fomag de las cesantías parciales a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990. Una vez esta entidad recibe los recursos, TIENE AUTONOMÍA para el manejo de los mismos conforme a sus necesidades que va observando en el manejo de esta entidad, pero eso no quiere significar que no existan tiempos o momentos conforme a la ley, para que el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, deba cancelar los recursos para atender las prestaciones a los docentes, para el pago de sus pensiones o para sufragar los costos generados por el servicio de salud del magisterio. EN ESTO DE VERDAD fue muy claro el artículo 57 de la ley 1955 de 2019, en el cual existe autorización para manejar unidad de caja, pero no tiene tal potestad de vulnerar **“los tiempos o los momentos”** en que la entidad encargada de girar los recursos, QUE DESPUÉS DE CONSIGNADOS AL FOMAG, SE VUELVEN UNIDAD DE CAJA, para sufragar los recursos para el pago de las cesantías y demás prestaciones, de los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990.

La entidad que posee unidad de caja para el manejo de los recursos de las cesantías, las pensiones y la salud, **ES EL FOMAG, No es el MEN** como patrono en conjunto con el Fomag, como lo expresa la sentencia tutelada.

El MEN debe consignar las cesantías antes del 15 de febrero de cada año y será el Fomag, ENTIDAD INDEPENDIENTE, que es una cuenta especial de la Nación, la que decide si esos recursos para el manejo de las cesantías o pensiones o salud del magisterio, la CONVIERTE en unidad de caja. **SON 2 COSAS DIFERENTES que confunde la sentencia proferida por el T.A. del Huila, para expresar que, al existir unidad de caja, no existe la obligación de consignar las cesantías a mi mandante el 15 de febrero de cada año.**

Si bien es cierto que existe **UNIDAD DE CAJA DE LOS RECURSOS DEL FOMAG EN SU INTERIOR**, establecido en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, para el pago de las prestaciones sociales por parte del Fondo, **NO SIGNIFICA QUE SE PREDIQUE**

ESTE PRINCIPIO DE LOS RECURSOS DE MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y EL FOMAG.

Como conoedores de la norma especial Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Prestacional del Magisterio, como una cuenta de la Nación, exclusiva para administrar los recursos prestacionales de los trabajadores de la Educación pública, la razón de ser del precitado fondo, fue separar del erario mes a mes los recursos correspondientes a salud y pensión, entre otros y anualmente, los recursos correspondientes a las cesantías que se causen año por año, SIENDO OBLIGACIÓN LEGAL DE LA NACIÓN a través de MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, proveer los recursos en las proporciones y cuantías establecidas en la norma, y que una vez ingresados al FOMAG, son sometidos al principio de Unidad de Caja. No es correcto que se predique unidad de caja de los recursos que aún no has sido transferidos por parte del Ministerio de Educación Nacional al Fomag.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, el Consejo de Estado ha determinado en diferente jurisprudencia que, se deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, pues debe de respetar los precedentes y leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho correspondiente, situación por la que existiendo sentencias en torno a este aspecto, después del año 2021, 2022 Y 2023 en la jurisprudencia del C.E., en su sección segunda, “UNIFICANDO EL CRITERIO” en este sentido en sus dos (2) salas de decisión.

Así entonces, se expone una postura pacífica en lo atinente a que a los docentes no solo les es aplicable la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sino que también se vulneran derechos fundamentales al momento de negar tal sanción en favor de los docentes, en virtud del principio de favorabilidad.

1.1. PRINCIPIO DE UNIDAD DE CAJA RESPECTO DE LOS RECURSOS QUE INGRESAN AL FOMAG

Ahora, es necesario esclarecer que en Colombia la administración de recursos públicos tiene un determinante general, basado en el Principio Presupuestal de Unidad de Caja, que consiste en administrar los recursos de la Nación o de entidad territorial en una tesorería central, desde la cual se debe realizar efectivamente la ejecución de recursos, a través de los giros para el cumplimiento de las obligaciones de pago o de transferir, este principio para el caso que nos ocupa se reglamentó a través del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe

ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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 por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *<Parágrafo modificado por el artículo 324 de la Ley 2294 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causados a diciembre de 2022, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas, así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo de Fomag efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Con base en lo anterior, se reconoce por parte del suscrito el principio de Unidad de Caja, el cual está instituido como un precepto legal, en aras de que el FOMAG logre mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la Ley, **PERO ESTE PRINCIPIO SE APLICA RESPECTO DE LOS RECURSOS QUE EFECTIVAMENTE INGRESAN AL FOMAG;** no obstante, esto no significa que

pueda hacer dilaciones en el tiempo de manera injustificada cuando se trata de la consignación efectiva de una prestación social como lo son las cesantías.

1.2. ¿CUÁLES SON LOS RECURSOS QUE INGRESAN AL FOMAG?

Ahora, si bien existe Unidad de Caja de los recursos que ingresan al FOMAG, estos son los consagrados en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

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.

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.

El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

PARÁGRAFO *En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2°.*

Del contenido del anterior precepto normativo se puede extraer la información específica y detallada de los rubros que conforman los recursos que hacen parte del FOMAG. En virtud de esos recursos es que se ha desarrollado el principio de unidad de caja.

Por lo anterior, es menester señalar en primer lugar que, **no es posible que exista Unidad de Caja entre el MEN y el FOMAG**, porque si esto sucediera el FOMAG podría disponer de los recursos de cesantías, salud, auxilios funerarios o pensiones de los docentes para el pago de rubros destinados a infraestructura educativa o para el giro de las Universidades Públicas o para diversas actividades más que realiza el MEN, tales como el pago de subsidios a estudiantes de universidades, compra de material de actividades curriculares, etc.; o en sentido contrario, que se le permita al MEN disponer de los recursos destinados para el pago de las prestaciones sociales de los docentes, para el cubrimiento de gastos de infraestructura de instituciones educativas, pagos de salarios, de inversiones de las universidades públicas, entre otros; situación que despeja la inquietud y desvirtúa de pleno derecho el argumento expuesto por la decisión tutelada. Dicho de otro modo, si existiera Unidad de Caja entre el MEN y el FOMAG significaría que el Ministerio de Educación Nacional pueda utilizar recursos de pensiones, cesantías parciales y/o definitivas, salud, auxilios funerarios entre otros para el pago de sus rubros ordinarios; o que el FOMAG pueda disponer de rubros tales como Programa de Alimentación Escolar (PAE), infraestructura educativa, subsidios, salarios de los docentes, apropiaciones del Sistema General de Participaciones, presupuesto para la educación básica secundaria, escuelas de formación de calidad educativa, plataformas tecnológicas, implementación de dispositivos electrónicos, presupuestos para la calidad, cobertura y fortalecimiento de la Educación inicial, preescolar, básica y media, calidad y fomento de la educación superior, fortalecimiento de la gestión y dirección del sector educación, políticas de gratuidad en educación, políticas para el acceso a la educación a niños con discapacidad; para el pago de prestaciones sociales, situación que no es viable presupuestalmente.

Así entonces, es dable interpretar que bajo ese principio deprecado de Unidad de Caja se pueden utilizar los recursos de salud para pagar pensiones y cesantías de los docentes y lo contrario, así como también pueden utilizarse los recursos de cesantías para asumir el pago de pensiones una vez son transferidos al FOMAG; no obstante, esto no es óbice para que el pago de las cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 01 de enero de 1990, no deba consignarse antes del 15 de febrero de cada año por parte del patrono (MEN) al FOMAG.

1.3. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CAJA DE LOS RECURSOS DEL FOMAG SOLO PUEDE SER DEPRECADO CUANDO EFECTIVA Y MATERIALMENTE SON INGRESADOS AL RESPECTIVO FONDO; SIN EMBARGO, SE EVIDENCIA UNA INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE DICHO PRINCIPIO POR CUANTO LOS RECURSOS NO HAN SIDO GIRADOS POR PARTE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL ESTABLECIDO Y NO EXISTE UNIDAD DE CAJA ENTRE LOS RECURSOS DEL FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y DE ESTA CAJA MINISTERIAL

En virtud de lo anterior, se denota como existe una confusión en cuanto al principio de Unidad de Caja que posee el FOMAG, pues cuando los recursos son consignados a tiempo por parte del patrono, es decir el Ministerio de Educación Nacional para este caso, debe apropiarse los recursos año por año al FOMAG de las cesantías a los docentes vinculados a partir del 01 de enero de 1990, en tanto, una vez esta entidad recibe los recursos, tiene autonomía para el manejo de los mismos de acuerdo a las necesidades propias de la entidad, SIN EMBARGO ESTO NO SIGNIFICA que no existan tiempos o límites conforme a la Ley, para que el Ministerio de Educación Nacional, deba cancelar los recursos para atender las prestaciones a los docentes, para el pago de sus pensiones o para sufragar los costos del servicio de salud del magisterio, siendo contundente el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en el cual indica que si bien es cierto existe autorización para manejar Unidad de Caja, también lo es que no puede revestirse de tal concepto para vulnerar los tiempos o los momentos en que la entidad encargada de girar los recursos, que hasta después de consignados al FOMAG se vuelven Unidad de Caja, para sufragar los recursos para el pago de las cesantías y demás prestaciones de los docentes afiliados a este Fondo.

Ahora bien, es importante precisar que **quién posee Unidad de Caja para el manejo de los recursos de las cesantías, pensiones y salud es el FOMAG** y no el Ministerio de Educación como patrono en conjunto con el FOMAG como lo manifiesta la sentencia tutelada. Es decir, que el Ministerio de Educación no se puede sustraer de la obligación de la consignación de las cesantías cada anualidad antes del 15 de febrero y será el FOMAG como cuenta independiente y especial de la Nación, quien decide si esos recursos para el manejo de las cesantías o pensiones o salud del magisterio, la CONVIERTE en Unidad de Caja. Lo que permite concluir que son DOS COSAS DIFERENTES que confunde la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, para manifestar que, al existir Unidad de Caja, no existe la obligación de consignar las cesantías a los docentes el 15 de febrero de cada anualidad.

Luego entonces, si bien es cierto existe Unidad de Caja de los recursos del FOMAG en su interior, reglado en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, para el pago de las prestaciones sociales por parte del Fondo, no significa que se predique este principio de los recursos del Ministerio de Educación Nacional y el FOMAG. En tanto, como conocedores de la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Prestacional del Magisterio, como una cuenta de la Nación, exclusiva para administrar los recursos prestacionales de los trabajadores de la Educación pública, la finalidad del citado Fondo, es separar del erario mes a mes los recursos correspondientes a salud y pensión, entre otros y anualmente, los recursos correspondientes a las cesantías que se causan año por año, siendo una obligación legal de la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, proveer los recursos en las proporciones y cuantías establecidas en la norma especial, y que una vez ingresados al FOMAG, son sometidos al principio de Unidad de Caja. **Es decir que no es correcto que se predique Unidad de Caja de los recursos que aún no han sido transferidos por parte del Ministerio de Educación Nacional al FOMAG.**

Dicho de otro modo, lo atinente a la Unidad de Caja que posee el FOMAG, se aclara que no es dable confundir este principio para el manejo de los recursos de la salud, las pensiones y las cesantías, cuando los recursos ya son consignados efectivamente a esta

entidad, señalado que la Unidad de Caja existe entre los recursos del Ministerio de Educación y el FOMAG, circunstancia que no es cierta, pues son dos cosas diferentes.

En tal sentido, el párrafo 3° del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, dispuso lo siguiente:

*“ 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 por la ley**, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros”.*

Es decir, que de conformidad con la norma transcrita, una vez recibidos todos los recursos con los que se financia el FOMAG, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el Fondo puede aplicar el principio de Unidad de Caja, para el pago de sus prestaciones, pero ESO NO SIGNIFICA que el Ministerio de Educación Nacional, no deba trasladar los recursos de las cesantías de los docentes vinculados después del 01 de enero de 1990, el 15 de febrero de cada anualidad al FOMAG, que deben ser ingresados materialmente, pues esta actividad la realiza como patrono del docente, siendo esta la finalidad de la creación del FOMAG. Y una vez el FOMAG, recibe los recursos tanto de salud, pensiones y de las cesantías, el 15 de febrero de cada año y de los aportes establecidos en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, como ya se explicó **AHÍ SÍ SE PUEDE HABLAR DE UNA UNIDAD DE CAJA** para el pago de las prestaciones que le sean solicitadas cancelar y como bien se dispuso, priorizar, de ser el caso el pago de las pensiones y los servicios de la salud que tiene a cargo.

En ese orden de ideas, es dable afirmar que no existe Unidad de Caja entre el Ministerio de Educación Nacional y el FOMAG, sino que la misma consiste en que los recursos destinados a salud y pensiones una vez destinados al FOMAG ya se constituya la Unidad de Caja propiamente dicha, pero en ningún momento es ANTES, ya que debe existir una consignación oportuna y efectiva de los rubros para hablarse del principio, circunstancia que no ha ocurrido en ninguno de los procesos, pues no se ha logrado comprobar por parte del Ministerio de Educación Nacional tal consignación efectiva antes del 15 de febrero de 2021.

En conclusión, que el aparato judicial representado respectivamente por los Juzgados, Tribunales y Altas Cortes del país avalen que el Ministerio de Educación Nacional - MEN no tiene la obligación de trasladar los recursos de las cesantías de conformidad con los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al FONDO implica una vulneración de los derechos fundamentales de los docentes, pues en el momento en que la sentencia tutelada indica que no les asiste derecho a la sanción por mora, por cuanto los mismos no tienen cuentas individuales, es una circunstancia que no resulta cierta, pues lo controvertido es la **NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS (PRESTACIÓN SOCIAL) ANTES DEL 15 DE FEBRERO DEL AÑO 2021** a los docentes en el FOMAG por parte del Ministerio de Educación, independientemente de lo que suceda con posterioridad a esa consignación, o la manera como se manejen los fondos en cuentas individuales o globales por parte del FOMAG que efectúen ejercicios contables de Unidad de Caja o de cuentas individuales, pues el centro del asunto es que el docente posea la consignación de las

cesantías en el momento oportuno establecido por la Ley, es decir, el 15 de febrero de 2021. La Ley sanciona la omisión de la consignación de las cesantías por parte del patrono, dentro del término, en el expediente no existe prueba de esta transacción.

Así las cosas, es importante que el Despacho tenga en cuenta que, al no estar garantizados los recursos de las cesantías en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por parte del Ministerio de Educación se vulnera la Constitución, en tanto, los docentes no tienen garantía de la prestación – cesantías, derecho cierto e indiscutible de alcance constitucional. En ese orden de ideas, es menester señalar que el eje central del presente recurso de amparo consiste justamente en esa vulneración que existe en contra de los docentes, pues al no estar garantizados los recursos es viable que como ha ocurrido con la realidad de la Ley 1071 de 2006 los docentes no puedan disponer del auxilio de cesantías, se está transgrediendo el derecho fundamental de la seguridad social, y es que esta prestación social es una modalidad de protección del trabajador cesante y su familia, de conformidad con los artículos 42 y 48 de la Constitución Nacional. A su turno, la Ley 50 de 1990, que regula el auxilio de cesantías para los trabajadores del sector privado, dispone que existen tres mecanismos de liquidación diferentes, así: El primero de ellos consiste en el sistema tradicional reglado por los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a todos los trabajadores vinculados por contrato laboral antes del 1° de enero de 1991; el segundo de ellos, el sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los fondos de cesantías creados por la Ley, aplicable para los trabajadores vinculados por contrato laboral a partir del 1° de enero de 1991 y aquellos que se vinculen al nuevo sistema; y en tercer lugar, el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores nuevos y antiguos que devenguen más de 10 SMLMSV y quienes pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida por supuesto la cesantía.

De otro lado, es dable concluir que el auxilio de cesantías es una protección que no solo beneficia al trabajador, sino también a su núcleo familiar, pues se configura como una ayuda económica para suplir conceptos tales como educación superior y vivienda, y que el trabajador tenga un respaldo que no comprometa los recursos necesarios para su mínimo vital. Es decir, su carácter de irrenunciables le da la categoría de rango constitucional.

En otras palabras, y de acuerdo a la Sentencia SU 098 de 2018, en virtud del principio de igualdad, in dubio pro operario y de conformidad con la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no se debe excluir al sector oficial docente de la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al tener los mismos carácter de servidores públicos, son beneficiarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo, represivo e inclusive preventivo para garantizar el pago oportuno de la prestación social. Es por ello, que no es de recibo para esta parte procesal que se afirme que el presente asunto no tiene relevancia constitucional, por cuanto al no tener los docentes la garantía de la prestación claramente vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, luego entonces, se evidencia una clara vulneración de índole constitucional. Es decir, que la única forma de garantizar el auxilio de cesantías es con la respectiva consignación efectiva.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha analizado la importancia de las cesantías en la vida laboral del trabajador, tal y como se especificó en la Sentencia C-432 de 2020, en donde señaló:

“39. Como se acaba de indicar, el auxilio de cesantía es una prestación patronal común que, en principio, corresponde a todos los trabajadores. A diferencia de las denominadas prestaciones especiales, que sólo se dan en vista de ciertas circunstancias, como la solvencia financiera del empleador o el riesgo creado, las prestaciones comunes tienen un alcance más amplio, razón por la cual en esta materia operan unas reglas generales, como la de que los empleadores están obligados a su pago.

40. El pago de las prestaciones comunes, según el caso, puede hacerse en dinero, en especie o en beneficios. Estas prestaciones buscan cubrir el riesgo común que tiene el trabajador con ocasión de su relación laboral de dependencia y las contingencias que pueden afectar su vida y la de su familia. Por ello, el que una prestación común no se pague implica, de manera necesaria, que un riesgo no será cubierto, de lo cual se sigue que al trabajador le corresponderá afrontarlo por sí mismo llevando con ello, al incumplimiento de las obligaciones del contrato laboral por parte del trabajador.

41. En el caso del auxilio de cesantía el riesgo que se cubre es el de la pérdida del trabajo, cuyo impacto en la vida del trabajador y su familia puede ser muy significativo, dado que su subsistencia suele depender de los ingresos que obtiene a modo de remuneración por dicho trabajo, la cual deja de existir cuando este se pierde. Así, pues, el que no se pague el auxilio de cesantía, ya sea en la liquidación del contrato o por medio de su consignación en el respectivo fondo de cesantías, según el caso, significa para el trabajador, que él deberá hacer frente a la situación generada por la pérdida de su empleo por sí mismo, sin tener ningún apoyo derivado de su relación laboral.

42. Las prestaciones patronales comunes y, entre ellas, el auxilio de cesantía, se diferencian del salario, en tanto no constituyen una remuneración directa por los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en tanto no buscan resarcir los perjuicios causados por el empleador. El auxilio de cesantía, como ya se ha dicho, es un respaldo económico para asegurar la calidad de vida del trabajador y su familia, cuando dicho trabajador deja de serlo, por haber perdido su empleo. Las cesantías son una fuente de ahorro para el trabajador y su familia; este ahorro puede ser usado para hacer frente a la situación de haberse terminado la relación laboral o para satisfacer requerimientos en vivienda y educación.

43. En varias oportunidades la Sala se ha referido al auxilio de cesantía. Entre ellas, merece la pena destacar las Sentencias C-051 de 1995, C-710 de 1996, C-823 de 2006, C-310 de 2007. Además, de esta materia también ha sido analizada por las Salas de Revisión en Tutela, entre otras, en las Sentencias T-260 de 1994 y T-661 de 1997.

44. En la Sentencia C-051 de 1995, con ocasión de una demanda presentada por el ciudadano Defensor del Pueblo contra una norma contenida en el artículo 338 del CST, conforme a la cual para efectos de las prestaciones sociales a que están obligados los patronos, el Gobierno puede clasificarlos y

señalar la proporción o cuantía de las prestaciones a su cargo, se hacen tres análisis relevantes.

45. El primer análisis es el relativo a la igualdad de los trabajadores, que debe ser real y efectiva, y que en el contexto laboral se concreta en la máxima de a trabajo igual, salario igual. Este análisis concluye con la siguiente regla: “la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores”.

46. El segundo análisis se dedica al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, para destacar que este derecho tiene la especial protección del estado, lo que se concreta en la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Al referirse a las condiciones dignas y justas, además de destacar que ellas se derivan de la dignidad propia del ser humano, se plantea la siguiente cuestión: Viniendo al tema de la justicia, ¿serán, acaso, justas las condiciones desfavorables de un trabajo, basadas solamente en factores propios de patrono y ajenos al trabajador y a la labor que realiza? Entre dos trabajadores que ejecuten el mismo trabajo, uno de los cuales sirve a uno de los patronos a que se refiere el artículo 338 y el otro a un patrono sometido al régimen general, ¿cómo aceptar que son justas las condiciones desfavorables del primero?”. La respuesta a esta pregunta, planteada como conclusión del análisis, es negativa, pues se desconoce los artículos 25 y 53 de la Constitución.

47. El tercer análisis se centra en el trato más beneficioso que la ley da a los patronos, cuando ellos ejecutan actividades sin ánimo de lucro. Este estímulo, se considera viable dentro de la Constitución, pues atiende a fines que pueden considerarse justos y constitucionalmente admisibles. Sin embargo, además de la finalidad perseguida, en este caso se considera relevante establecer quién paga el estímulo, pues si es toda la comunidad, ello resulta admisible, dado que dichas actividades se encaminan al servicio de intereses generales. Pero si quién lo paga no es toda la comunidad, sino ciertos trabajadores, las cosas son diferentes. De hecho, ante esta circunstancia, el análisis concluye, a modo de regla, lo siguiente: “Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución, es conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos. Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña”.

Bajo esta misma línea, la Sentencia C-171 de 2020 de la Corte Constitucional indicó lo siguiente respecto de la protección al desempleo y el auxilio de cesantías:

52. Como se expuso anteriormente, la importancia del trabajo en la superación de las desigualdades, a través del desarrollo de actividades que les permitan a los trabajadores un sustento económico, fue reconocida al ser incluido como un principio en la Constitución Política. También se indicó que el derecho al trabajo impone al Estado el deber de garantizar que todas las personas puedan acceder a un empleo libremente elegido, sin que ello implique que se les

asegure un puesto de trabajo. En consecuencia, mientras se avanza en la consecución del pleno empleo, surge la necesidad de brindar protección a la población desempleada; en este sentido, debe entenderse que “del derecho al trabajo objetivamente no puede desligarse de la realidad del desempleo, lo cual lleva a una intervención del Estado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 334 de la Constitución”.

53. Como consecuencia del principio de dignidad humana, y de la política social y económica justa perseguida por el Estado social de derecho, todas las personas tienen derecho a condiciones mínimas para subsistir, entendidas como mínimo vital, y sirve como fundamento del subsidio al desempleo para aquellas personas que no logran ingresar al mercado de trabajo.

54. En la actualidad, Colombia cuenta con un mecanismo de protección al cesante, que contempla una serie de beneficios y subsidios para la población que habiendo estado afiliada al sistema del subsidio familiar pierde el empleo. Sin embargo, se debe reconocer que con anterioridad a su creación, la legislación laboral ya contaba con una prestación social a cargo del empleador, cuyo propósito es que los cesantes cuenten con unos recursos que les permitan asegurar la subsistencia durante el periodo de desempleo, denominada “auxilio de cesantías”, contenida en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

55. Frente a este auxilio, es preciso indicar que si bien al ser creado tenía carácter indemnizatorio, mediante la modificación introducida con la Ley 65 de 1946, se convirtió en una prestación social. Así mismo con posterioridad, permitió a los trabajadores adquirir vivienda o remodelarla, y sufragar los costos de su educación y la de su familia, a través de los retiros parciales.

56. En relación con el fundamento normativo superior, esta Corporación ha señalado que el mismo se encuentra soportado en los artículos 42 y 48 de la Constitución Política y que se trata de una “figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro —en el caso del pago parcial de cesantías—, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”. (Negrillas fuera del texto original).

57. La Corte ha reconocido que el auxilio de cesantías es una de las prestaciones sociales más importantes para los trabajadores y sus familias, puesto que constituye un respaldo económico para que sus titulares accedan a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de su calidad de vida. Particularmente, en la sentencia C-823 de 2006, luego de reseñar el paso de indemnización a prestación social, señaló que “se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y

servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada”.

58. En conclusión, de conformidad con lo establecido por esta Corporación y los instrumentos internacionales, el auxilio de cesantías es una prestación de la seguridad social, que al mismo tiempo responde a un beneficio mínimo establecido en la normatividad laboral, el cual, en atención al artículo 53 constitucional, adquiere la condición de irrenunciable”.

1.4. EXISTENCIA DE PRECEDENTE UNIFICADO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ahora bien, es importante señalar que sí se evidencia una inobservancia al precedente, por cuanto sí existe pronunciamiento en sede de unificación por parte de la Corte Constitucional, quien en Sentencia SU 098 de 2018, acogido por el Consejo de Estado en virtud del principio de igualdad, in dubio pro operario y de conformidad con la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no se debe excluir al sector oficial docente de la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al tener los mismos carácter de servidores públicos, son beneficiarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo, represivo e inclusive preventivo para garantizar el pago oportuno de la prestación social. Es por ello, que el presente asunto tiene relevancia constitucional, por cuanto al no tener los docentes la garantía de la prestación claramente vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, luego entonces, se evidencia una clara vulneración de índole constitucional. Es decir, que la única forma de garantizar el auxilio de cesantías es con la respectiva consignación efectiva.

Así entonces, es claro que para la Corte Constitucional a lo largo de los años, la jurisprudencia ha sido pacífica en el sentido de indicar que el auxilio de cesantías es una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador y que en principio, fue creada con la finalidad de proteger al trabajador en dado caso de pérdida del empleo; ahora, su función consiste una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre trabajador y empleador, es decir, que debe ser vista como un mecanismo que busca en primer lugar, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben afrontar los asalariados ante el cese de su actividad, y en segundo lugar, cubrir sus necesidades de capacitación y vivienda. Es decir, que el derecho a las cesantías, lo obtiene todo trabajador por el simple hechos de su vinculación laboral, así como también participa de las notas distintivas de las demás prestaciones sociales, es decir, que su cantidad sea proporcionada al tiempo de servicio prestado y que sean **oportunamente consignadas – transferidas al FOMAG** a cargo del Ministerio de Educación Nacional, situación que claramente no ocurrió en el presente caso, siendo un asunto en el que se evidencia la vulneración de derechos fundamentales, por parte del Estado como empleador en cabeza de la cartera Ministerial que tiene la obligación legal de transferir los recursos.

¿CUÁL HA SIDO LA POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS EN TORNO AL ESTUDIO DE LA LEY 91 DE 1989, LA LEY 50 DE 1990 Y LA LEY 344 DE 1996?

No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
1	Exp. T- 6.736.200	17 de octubre de 2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 098/2018 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El principio de favorabilidad fue consagrado por el Constituyente y por el Legislador como uno de los dispositivos de solución de conflictos surgidos con ocasión del choque o concurrencia de normas o interpretaciones vigentes y aplicables simultáneamente a un caso determinado. Así mismo, se desprende que la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral no es opcional, sino de obligatorio cumplimiento por expreso mandato legal y constitucional. En efecto, para esta Corporación ha sido claro que cuando se presentan conflictos en la aplicación y/o interpretación de las fuentes formales del derecho laboral no le es posible a los operadores jurídicos, tanto judiciales como administrativos, desconocer las garantías de los trabajadores y/o pensionados que han sido reconocidas constitucionalmente y a las cuales se les ha otorgado el carácter de inalienables e irrenunciables.

26. La **Sentencia C-486 de 2016**⁸¹ enfatizó que el constituyente previó un conjunto de estándares que deben respetarse en toda relación laboral, a los que denominó principios mínimos fundamentales. Dentro de estos principios mínimos, se encuentra el pago de las acreencias laborales, un conjunto de emolumentos que persiguen diversas finalidades en torno a la dignidad humana y la manutención familiar, en el marco de las relaciones laborales, y dentro de tales prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía.

28. En suma, el auxilio de cesantías: (i) es una prestación social que encuentra respaldo constitucional en los artículos 42 y 48 Superiores; (ii) es irrenunciable; (iii) su fin es que el trabajador pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además que, en caso de requerirlo, acceda a vivienda y educación; y (iv) es una de las prestaciones más importante para el trabajador y su núcleo familiar⁹⁰².

[illegible]

*pensional especial es menos beneficioso que el régimen general en determinado caso, debe aplicarse el último en virtud del principio de favorabilidad.*⁹⁰⁵

...

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

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

64. En el caso objeto de estudio se evidencia que existe una postura más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía.

...

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros violas el derecho a la igualdad.

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

....

Sumado a lo anterior, el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

...

⁹⁰⁵ Ver Sentencia T-547 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia T-121 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia T-278 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia T-076 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Específicamente, la Sentencia SU 336 de 2017 ⁹⁰⁶expuso como uno de los aspectos relevantes aplicable al presente caso que “(...) El propósito del Legislador al implementar el auxilio de cesantía, así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, tanto del sector público como del privado, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de un sustento que se torna básico para aquellos y sus familias” (Subraya fuera de texto)

...

La existencia de regímenes especiales se encuentra conforme a la Constitución siempre que no supongan un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores en comparación con el régimen general. Todo tratamiento dispar que no sea razonable configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.

...

No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
2	Exp. T-5904426 y otros	25 de julio de 2019	Dr. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 332/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las solicitudes fueron negadas bajo el argumento de que los docentes gozaban de un régimen especial y por ello no eran destinatarios de la norma que consagra la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, pues la misma se dirige al régimen general de los servidores públicos, el cual no cubre a los docentes.

...

6. Contra esa decisión, el demandante interpuso recurso de apelación. En su escrito expresó que, según la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, el personal docente se encuentra dentro de una carrera especial de creación legal y cuando no exista un reglamento especial que la regule, se debe dar aplicación a las normas generales. Además, manifestó que en diferentes ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la procedencia de la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes.

...

41. Por el contrario, en otras providencias, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo reconoció que la sanción por mora en el pago de las cesantías sí procede para los miembros del magisterio. Así, este Tribunal advirtió que existe abundante jurisprudencia⁹⁰⁷ que soporta la tesis de la compatibilidad de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 con el régimen de

906 M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo

907 Sentencias del 8 de abril de 2008, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 73001333100620120019302; 21 de mayo de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez. Radicación número: 23001233100020040006902; 30 de julio de 2009, C.P. Víctor Alvarado. Radicación número: 730012331000200100006902; 21 de octubre de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, Radicación número: 19001233100020030129901; 10 de julio de 2014, C.P. Rafael Vergara. Radicación número: 17001233300020120008001; 14 de diciembre de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 66001233300020130018901; 25 de febrero de 2016. C.P. Gustavo Gómez Aranguren, Radicación número: 11001031500020160025200, entre otras

cesantías de los docentes, por cuanto se trata de una normativa que cubija a todos los empleados y trabajadores del Estado:

“(…) [E]l ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 cubija a todos los empleados y trabajadores del Estado, así quedó consagrado en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, al advertir que “la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”⁹⁰⁸, de modo que no encuentra la Sala ninguna razón para excluir, a los docentes del sector oficial, del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem.

(…)

En conclusión, la Sala estima que no existe obstáculo legal para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes, toda vez que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 incluye a todos los servidores públicos, inclusive a los del sector oficial, como se dejó sentado en la exposición de motivos; además, la referida sanción no resulta incompatible con el régimen especial establecido para el reconocimiento de las cesantías de los docentes, ya que no se ve afectan las condiciones, términos y competencia para el reconocimiento de la referida prestación ni se menoscaba el derecho de los docentes a esta prestación, razones que conducen a la Sala a reafirmar la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

42. Con todo, es indispensable destacar el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, respecto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el cual tuvo lugar a partir de la **Sentencia de unificación** dictada por la Sección Segunda de dicha Corporación el **18 de julio de 2018**⁹⁰⁹.

En ese pronunciamiento, se estudió una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por un docente contra la Nación, el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima, mediante la cual solicitaba declarar la nulidad del acto administrativo proferido por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima, que le negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

En el citado fallo, el Consejo de Estado identificó las tesis jurisprudenciales que hasta ese momento existían en la Sección Segunda de esa Corporación, en lo concerniente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, las cuales sintetizó de la siguiente manera:

- (i) *La postura, según la cual no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías, al considerar que al igual que los demás servidores públicos comprendidos en el marco del artículo 123 de la Constitución Política, estos son sujetos destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071*

⁹⁰⁸ Consulta realizada en la página web senado.gov.co. Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

⁹⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 18 de julio de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18

de 2006, dada la importancia de dicha prerrogativa laboral, así como en aras de materializar el derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

- (ii) La tesis, según la cual no es jurídicamente viable aplicar la sanción moratoria, en garantía del principio de unidad normativa, pues el régimen laboral de los docentes se encuentra regulado por una normativa especial prevista en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Entonces, al identificar las dos posiciones jurisprudenciales sobre el asunto, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió la referida sentencia de unificación jurisprudencial, respecto de los siguientes temas: i) la naturaleza del empleo del docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) la exigibilidad de la sanción moratoria; iii) el salario base de liquidación de la sanción moratoria y iv) la compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

En cuanto a la naturaleza del empleo del docente del sector oficial, el Consejo de Estado señaló textualmente lo siguiente:

“La Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.

En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general.

Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la descentralización administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.”

En esa perspectiva, la Sección Segunda concluyó que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política pues, aunque el estatuto de profesionalización los define como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que, de carácter restrictivo, corresponden al concepto de

empleado público. Lo anterior, en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación en la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado, así como por la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia para señalar que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos⁹¹⁰.

Específicamente, la Sección Segunda fijó las siguientes reglas de unificación jurisprudencial:

“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.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se

⁹¹⁰ Esta postura ha sido reiterada en las siguientes sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 27 de septiembre de 2018, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 73001-23-33-000-2013-00414-01(1515-14). Sentencia de 31 de octubre de 2018, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 70001-23-33-000-2014-00116-01(4496-15). Sentencia de 7 de noviembre de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicado 44001-23-33-000-2013-00026-01(1778-15). Sentencia de 28 de noviembre de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicado 73001-23-33-000-2015-00131-01(1380-16). Sentencia de 14 de febrero de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicado 19001-23-33-000-2013-00078-01 (3498-16). Sentencia de 28 de marzo de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 68001-23-33-000-2016-00495-01(2804-18)

produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la acusación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será **retrospectivo**, y por ende, aplicable de manera obligatoria los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.” (Negrilla en el texto original).

A partir de lo anterior, tras estudiar el caso concreto, la Sección Segunda revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, dispuso declarar la nulidad del oficio mediante el cual el Secretario de Educación y Cultura Departamental del Tolima le negó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas al demandante. Asimismo, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006.

...

Este Tribunal agregó que en razón de las características del trabajo que desarrollan los docentes oficiales, es posible catalogarlos como empleados públicos, pues (i) pertenecen a la Rama Ejecutiva y cumplen dentro de ella tareas típicamente misionales respecto de las funciones que a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, les corresponde cumplir; (ii) según mandato expreso de la ley, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y, (iii) su vinculación se da mediante nombramiento, lo cual genera un relación reglamentaria y legal entre el docente y la administración.

En particular, las reglas que en esa providencia se fijaron respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales, fueron las siguientes:

- i. Los miembros del magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado;
- ii. Los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria;
- iii. Los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006;
- iv. El propósito del Legislador al implementar la sanción moratoria fue incentivar el pago oportuno de las cesantías, el cual es una garantía de todos los

trabajadores protegida por la Constitución, pues es una de las formas en las que se materializa el goce efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social;

- v. *En virtud del principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 superior y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando exista duda entre dos interpretaciones posibles de una norma, toda autoridad judicial está obligada a aplicar la más favorable para el trabajador. En esa medida, la postura según la cual la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable a los docentes, es la única interpretación constitucionalmente válida.*
- vi. *desconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, de los cuales son titulares todos los trabajadores sin distinción alguna; (ii) contrarió el propósito del legislador dirigido a garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de la sanción moratoria para los trabajadores tanto del sector público como del privado, sin distinción; (iii) desconoció que el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes oficiales es la postura que mejor se adecúa a los postulados constitucionales, porque se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos; (iv) olvidó que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación de la interpretación que resulte ser más beneficiosa para los docentes, en este caso, aplicarles el régimen general de los servidores públicos; y (v) condujo a la vulneración del derecho a la igualdad en las decisiones judiciales, al proferir sentencias contrarias en casos que se sustentan en los mismos supuestos fácticos.*

51. Por último, en la Sentencia **SU-098 del 17 de octubre de 2018**⁹¹¹, la Corte estudió una acción de tutela que se instauró contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, en primera instancia y, por la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en segunda instancia.

En este proceso el accionante pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial y por ello no son destinatarios de la norma que consagra la sanción moratoria.

A resolver el asunto, la Sala Plena consideró que las autoridades judiciales accionadas al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente. En efecto, los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los

⁹¹¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo

docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución.

En consecuencia, la Sala Plena concluyó que los despachos judiciales accionados incurrieron en violación directa de la Constitución, pues desconocieron los principios de interpretación conforme a la Constitución y de favorabilidad en materia laboral consagrados en el artículo 53 superior, al negar el reconocimiento de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, pues ante interpretaciones razonables sobre la norma que consagra esta prestación, eligieron la menos favorable para el docente.

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
3	Exp. T-7.182.312 y otros	6 de febrero de 2020	Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 041/2020 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

5.1.4. En la Sentencia **SU-098 de 2018**⁹¹², la Corte estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo -que no estaba afiliado al FOMAG-, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.184 Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Sala Plena consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

⁹¹² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión “dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (..) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”.

...

5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000.

...

De acuerdo con el criterio jurisprudencial adoptado y teniendo en cuenta el régimen anualizado establecido en la Ley 50 de 1990, en el evento en que se presenten varias anualidades de mora el salario base para su tasación es el del año de ocurrencia del retardo, remuneración que ya está reajustada de acuerdo a los índices de precios al consumidor o al aumento que de determine el gobierno, según sea el caso.⁹¹³

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
1	08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)	6 de agosto de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

111. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la Sección Segunda del Consejo de Estado, para señalar en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, las siguientes reglas jurisprudenciales:

- i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende,

⁹¹³ Ver Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018

la reclamación administrativa deberá presentarse dentro d de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014	24 de enero de 2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

- i) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, 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;
- ii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa de interés que, de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido el comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período.

...

45. La Corte Constitucional en la Sentencia SU098/18⁹¹⁴, indicó que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.

....

Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.

...

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la

⁹¹⁴ Expediente T-6.736.200. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes⁹¹⁵ y para la adquisición construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda⁹¹⁶.

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, **una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.**

...

46. Así, la Corte Constitucional concluyó «[...] en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que **la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío**», de ahí que les sea aplicable «en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.» (Se resalta).

...

Dos fuentes de financiación nutrirán al fondo. De un lado la Nación y las entidades territoriales deberán trasladarle las sumas, que de acuerdo con la liquidación de cuentas ordenadas por la ley resulten adeudar por causa de las prestaciones generadas y no exigibles con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

[...]

El esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo. A diferencia de la primera no se agotará por la cancelación de una suma previamente definida, sino que se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que sucedan los pagos de salarios, nóminas, pensiones y liquidaciones anuales de cesantías. La ponencia

⁹¹⁵ Ley 50 de 1990. “Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.
3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.

Parágrafo. El trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes, a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo, según su preferencia y capacidad

⁹¹⁶ Código Sustantivo del Trabajo. “Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.
2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines (...).”.

ha estudiado el esquema de cotizaciones comparándolo con el de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo del Congreso. Sí insiste en repetir que de este punto dependerá en mucho el equilibrio futuro del fondo. No hay duda que cualquier déficit deberá ser enjugado por el presupuesto nacional, para lo cual la única excusa válida será una honrada y eficiente administración del nuevo fondo, o por un incremento de aportes de afiliados y de la Nación. [...]». (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

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

...

56. Ahora bien, de la lectura que se hace a la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, pareciera que la misma interpreta que los docentes son destinatarios de la sanción moratoria, pero con fundamento en el artículo 99 de Ley 50 de 1990 teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, al considerar que «aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución», de manera que, parte dicha interpretación del supuesto que los docentes oficiales no eran beneficiarios de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
3	11001-0315-000-2018-03499-01	29 de julio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Sin embargo, para esta subsección, el principio de la inescindibilidad normativa no se desconoce cuándo la intención es armonizar un régimen general con uno especial y establecer relaciones válidas de complementariedad entre uno y otro.

Traídas estas consideraciones al caso, la Sala, después de revisar la normativa atinente al régimen especial que la Subdirección B de la Sección Segunda de esta Corporación encontró aplicable a la accionante en materia de cesantías, no halla en ella norma alguna que establezca una sanción diferente pretendida por la accionante ante el comprobado incumplimiento de la obligación de consignar oportunamente sus cesantías, como tampoco percibe que de ser concedida esa pretensión se transgreda precepto legal alguno del régimen especial. Vale decir, que no se encuentra en el régimen especial disposición que excluya expresamente la aplicación de la sanción moratoria pretendida por la accionante, ni hay una norma que establezca

Por lo tanto, se advierte que en este caso no se presentan antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
4	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	2 de diciembre de 2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

*“ Esto es, no se elige parte de su contenido, pues no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el **régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.***

$$[\dots]$$

De conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección considera viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
5	08001-23-33-000-2014-00208-01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

VI. CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO

[illegible]

26. La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado³⁴, consideró que se debe confirmar la sentencia apelada, por cuanto si bien los educadores se encuentran sujetos a un régimen especial, también lo es, que el legislador al establecer la sanción moratoria, utiliza el término genérico de servidores públicos, lo que incluye a quienes prestan sus servicios como docentes en el sector oficial.

27. Adicional a ello, adujo que el hecho de presentarse una falta de previsión por parte del legislador, y de no contemplarse en la norma especial la aludida penalidad, no es óbice para que al sector docente se le otorgue un trato desigual en comparación con el resto de empleados cobijados por la Ley 50 de 199035, por lo que en virtud del derecho a la igualdad, el principio de favorabilidad y en atención al artículo 8 de la Ley 153 de 188736 resulta procedente por analogía, aplicar el conjunto normativo de las disposiciones que establecen la penalidad por retardo en la consignación de las cesantías.

49. Al respecto, cabe precisar que la sentencia CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, dejó establecido que con antelación a ella, existían diversas posturas acerca de la aplicación de la prescripción en materia de sanción moratoria, entre las cuales, una de las tesis precisamente que se prohijaba consistía en que «la reclamación de la sanción moratoria surge desde el momento en que la obligación se hace exigible, entendiéndose como obligación la que el legislador impone al empleador de pagar la sanción cuando omite el deber de consignar las cesantías anualizadas en una fecha determinada, siendo así, la reclamación válidamente se puede realizar desde el momento mismo en que empieza a correr la mora», de manera que, la postura definida en la aludida sentencia unificadora devenía de tiempo atrás y en esa medida, se erigía como un criterio plausible y aplicable para el caso bajo estudio.

50. En ese orden, se establece que la declaración de la prescripción del derecho pretendido en el sub júdice en ningún momento desconoce el derecho de igualdad, acceso a la administración de justicia y a la seguridad jurídica de la parte accionante, si se tiene en cuenta que la sanción moratoria por su naturaleza penalizadora, necesariamente debe encontrarse sujeta al término prescriptivo, pues ninguna penalidad puede existir indefinidamente en el tiempo, posición que debe aplicarse de manera uniforme a todas las personas que en virtud de su inactividad injustificada en el tiempo para reclamar dicho apremio, deban asumir las consecuencias de la extinción del mismo.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
6	08001-23-31-000- 2014-00254-01 (4960-2017)	22 de octubre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Primer problema jurídico

¿Les asiste derecho a los docentes óciales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

...

...

...

[illegible]

¿Les asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

...

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos.

Recientemente, en sentencia SU-332 de 2019⁹¹⁷ esa Corporación también concluyó que:

«[...] 52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) **los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.** [...]» (Negrillas de la Sala)

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
8	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017)	17 de junio de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

La condición de los docentes como servidores públicos fue reforzada jurisprudencialmente con la Corte Constitucional en la sentencias C – 741 de 2012⁹¹⁸ y C – 486 de 2016⁹¹⁹, en las que determinó que los docentes oficiales deben ser tenidos en cuenta como tales, no solo por denominación expresa del estatuto docente (Decreto 2277 de 1979) y por la ley general de

⁹¹⁷ Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

⁹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia de 26 de septiembre de 2012, en la que se declaró inexecutable el proyecto de ley 114 de 2009 Senado – 296 de 2010 Cámara. Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989.

⁹¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia de 7 de septiembre de 2016, por medio de la cual se declaró inexecutable el artículo 89 de Ley 1769 de 2015, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016.

educación (Ley 115 de 1994), sino porque hacen parte de la Rama Ejecutiva al cumplir una misión expresa dentro de las secretarías de educación territoriales.

...

En conclusión, las cesantías como prestación social reconocida a los servidores públicos, dentro de los que se encuentran los docentes oficiales, cuenta con unos términos perentorios, que de no ser cumplidos generan una sanción por mora en el pago oportuno, situación que le es aplicable al personal docente como servidores del Estado

...

3.8 Precisión final sobre la consignación de las cesantías.

Finalmente, teniendo en cuenta que no se tiene prueba de que se haya realizado la consignación de las cesantías correspondientes a los años 2001 y 2002 por parte del ente territorial a cargo de estas, se debe conminar al municipio de Sabanalarga⁹²⁰ para que proceda a realizar la consignación en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la prestación causada por los mencionados periodos, teniendo en cuenta que como la relación laboral permanecía vigente al momento de la radicación de la demanda⁹²¹, y a que las cesantías tienen el carácter imprescriptible⁹²², por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
9	08001-23-33-000-2015-00331-01	17 de junio de 2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

Precisó que la causación de la sanción por mora es totalmente independiente a la prestación social. El nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago por parte del empleador dentro de los términos de ley. Sin embargo, ello no se confunde con la extensión de la penalidad en el tiempo, que sí está directamente asociada a que se efectúe la cancelación de la prestación social. El pago de las cesantías, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como sí ocurre con la prescripción una vez transcurridos los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

En el expediente no hay constancia de la consignación del auxilio de cesantías de los años 1997 a 2003 y aunque se allegan unos documentos para demostrar que el valor correspondiente a la anualidad 2003 fue consignada ante el Fomag, no se encuentra acreditada la fecha en que presuntamente se realizó dicha consignación⁹²³.

⁹²⁰ Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, párrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 << la falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan>>

921 En la certificación visible a folio 245 se observa que, para la fecha de radicación de la demanda, aún permanecía vigente la relación laboral.

922 Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ-SII022-2020. Radicado: 08001 – 23 – 33 – 000 – 2013 – 00666 – 01 (0833 – 2016).

⁹²³ Folio 166 – 169 Se allegó un extracto del Fomag en el que se relacionan las cesantías e intereses de los años 2003 a 2011, sin embargo, no se señala puntualmente la fecha de la supuesta consignación de las cesantías del año 2003, ni se relaciona el comprobante de pago sobre la misma

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
10	19001-23-33-000-2015-00445-02(0483-20)	4 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

(iii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 (lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales), se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
11	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

26. Atendiendo la ausencia de prueba que acredite que la consignación de las cesantías correspondiente a las anualidades 2000 al 2003 fue realizada dentro de la oportunidad debida y encontrando que la actora goza del régimen de cesantías anualizadas como quiera que ha prestado sus servicios al Estado como docente oficial del orden territorial a partir del 30 de diciembre de 1999, en principio le asistiría el derecho a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 reclamada ante el incumplimiento de los términos de ley para la consignación de esa prestación en el respectivo fondo.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
12	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bajo las anteriores consideraciones, para la Sala resulta claro que la demandante se encuentra cobijada por el sistema anualizado de cesantías, regulado por la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, y, por ende, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se hace extensiva a su situación particular, en los términos ampliamente explicados en las consideraciones que anteceden.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES

13	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
----	--	-------------------------	-----------------------------	---

«Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151.

...

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
14	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

2. Problema jurídico

Con el fin de resolver los recursos de apelación planteados por las partes, le corresponde a la Sala absolver los siguientes cuestionamientos:

¿A los docentes oficiales les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la tardanza en la consignación en el Fondo de las cesantías anualizadas?

...

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

En el caso objeto de estudio se evidencia que existe una postura más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía.

A pesar de que los jueces adoptaron una postura razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista legal, este entendimiento excluyó otra posible interpretación de la normativa general que consagra la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Esto, por cuanto el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000⁹²⁴: [se transcribe la norma]

...

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros, viola el derecho a la igualdad.

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.

⁹²⁴ Cita propia del texto transcrito “. Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública”.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
15	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Adicionalmente, el régimen anualizado que establece la Ley 50 de 1990 se extendió al sector público. Específicamente, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y sistema aplicable a las personas que se vincularan con el Estado con posterioridad a su entrada en vigencia. Por otra parte, el artículo 1 del Decreto1582 de 1998, acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1999.

Manifestó entonces que el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, se exige la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, toda vez que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación.

Aseveró que una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria se incurrirá en un trato desigual de los docentes frente a los trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación y en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores.

Aclaro además que esta interpretación no aplica de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que, dado que el régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, es decir un vacío normativo, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.

-De otra parte, la Sala de Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia proferida el 18 de junio de 2018, se pronunció respecto de la aplicación de la Ley 1074 de 2006 a los docentes del sector oficial, con el fin de reiterar que los docentes oficiales tienen derecho al pago oportuno de las cesantías y también son beneficiarios de la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006⁹²⁵.

Como puede observarse, la postura jurisprudencial vigente, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, está encaminada a la protección de las prestaciones salariales de los docentes oficiales, dada su condición de servidores públicos. En razón a ello se resalta que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías es posible concederla cuando se trate de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES

925 “3.5 Reglas Jurisprudenciales que se dictan en la sentencia.
3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público les es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.
3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de la Ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago (..)”

16	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
----	--	--------------------	-----------------------------	---

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

...

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

...

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹⁵ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda.

Bajo ese entendido le correspondía al municipio de Sabanalarga demostrar que las cesantías correspondientes a los períodos 2001 y 2002 se hubieren consignando en la oportunidad legal en el fondo en el que la libelista se encontraba afiliada para ese entonces. Así mismo, al haber sido asumida por el sistema general de participaciones del departamento a partir del 1.º de enero de 2003, era deber del departamento del Atlántico probar que efectuó el depósito del auxilio correspondiente al año 2003 de manera oportuna.

CONSEJO DE ESTADO

ANTIOQUIA: CRA. 50 # 38-103 AV. PALACE EDIFICIO GUARDA SOL, LOCAL 109 • Tel: 322 0653 • Cel: 317 621 3524 - 310 433 2808 • MEDELLÍN, ARAUCA: CRA. 23 # 22-31 BARRIO LA ESPERANZA, CERCA A LA ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DE ARAUCA Cel: 317 682 7927 • ARAUCA, APARTADO: CRA. 99 # 96-35 C.C. APARTACENTRO Of. 221 • Cel: 310 429 3857 • APARTADO, ATLÁNTICO: CRA. 38B # 66-39 SEDE DEL SINDICATO DE EDUCADORES "ADEA" • Tel: (5) 317 7928 • Cel: 310 458 1625 - 310 458 1471 - 310 458 1708 • BARRANQUILLA, BOGOTÁ: CRA. 31A # 25A-26 BARRIO LA GRAN AMÉRICA, ENSEGUIDA DEL SINDICATO DE EDUCADORES "ADE" • Tel: (1) 695 3312 - (1) 712 4748 Cel: 317 383 0581 - 304 352 1597, BOGOTÁ ESMERALDA: CLL. 44 # 54-78 PISO 3 BARRIO LA ESMERALDA • Tel: (1)805 6620 Cel: 318 510 1768, BOLIVAR: CALLE DEL CUARTEL DEL FDO CASA DEL EDUCADOR # 36-32 "SUDEB" • Tel: (5) 664 0196 - 664 0187 • Cel: 314 776 2191 - 314 776 3466 - 314 778 4078 • CARTAGENA, BOYACÁ: CLL. 21 # 9 -62 PRIMER PISO, BAJANDO DEL EDIFICIO CAMOL Tel: (8)743 0366 Cel: 317 621 7957 • TUNJA, CALDAS: CLL. 22 # 23-23 LOCAL 1, EDIFICIO CONCHA LÓPEZ, ENSEGUIDA DE LA NOTARÍA SEGUNDA Tel: (6) 887 8708 Cel: 317 621 8044 • MANIZALES, CARTAGO: CLL. 10 # 4-57 C.C. SANTA ANA PLAZA, LOCAL 111 - 112 Tel: (2) 214 4102 Cel: 317 641 1311 • CARTAGO, CAQUETÁ: CRA.13 CLL. 13 ESQUINA BARRIO CENTRO JUNTO AL BANCO AGRARIO, LOCAL 1, Cel: 320 371 7053 - 318 321 8331 • FLORENCIA, CESAR: CLL. 15 # 11-37 BARRIO LOPERENA • Cel: 317 383 0489 - 300 413 4204 VALLEDUPAR, CHOCÓ: CRA. 6 # 26-91 BARRIO ALAMEDA REYES LOCAL 2 • Tel: (4) 670 8226 Cel: 322 535 2430 QUIBODÓ, CORDOBA: CRA. 4 # 26-15 ESQUINA LOCAL 4, PRIMER PISO, DETRÁS DE LA GOBERNACIÓN, • Tel: (4) 784 3664 Cel: 312 831 0474 • MONTERÍA, PAKATATIVÁ: CLL. 8 # 2-58 DIAGONAL A SERVALUO Tel: (1) 843 4877, GUARDOT, CLL. 16 # 12-39 AL RESPALDO DEL HOTEL CONFACUNDI •Tel: (1) 835 4104, SOACHA: CLL. 13 # 5-97 LOCAL 205, C.C. TEQUENDAMA •Tel: (1) 900 3124, ZIPAQUIRÁ: CLL. 5 # 10A-47 BARRIO ALGARRA 1, FRENTE A LA CLÍNICA EL PARQUE • Tel: (1) 851 7630, GUAJIRÁ: CLL. 7 # 4-05 • Cel: 317 576 7473 - 318 562 8777 • RICHACHA, HUILA: CLL. 7 # 6-27 LOCAL 105-106 PRIMER PISO, EDIFICIO CAJA AGRARIA • Tel: (8) 871 1118 Cel: 322 705 5130 - 322 706 1337 - 322 705 5138 - 322 706 0079 - 321 393 5130 - 317 666 9275 • NEIVA, MAGDALENA: CLL. 22 # 4-70 EDIFICIO GALAXIA, LOCALES 114 Y 115 • Tel: (5) 437 8986 Cel: 304 637 8833 - 304 242 7511 - 300 201 3843 - 301 336 2018 • SANTA MARTA, META: CRA. 26 # 35-09 PISO 4 EDIFICIO ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DEL META "ADEM" • Cel: 317 621 8002 • VILLAVICENCIO, NORTE DE SANTANDER: AV. 6TA # 12-60 CENTRO, ENSEGUIDA DE FOTO SERRANO Tel: (7) 583 2039 - 572 2676 • CÚCUTA, QUINDÍO: CRA. 13 # 15 NORTE -35 DIAGONAL AL RESTAURANTE LA FOGATA •Tel:(6) 749 7676 - 749 7777 • Cel: 316 409 3569 • ARMENIA, SANTANDER: CRA. 27 # 34-62 ENSEGUIDA DEL SINDICATO DE EDUCADORES "SES" • Tel: (7) 635 0400 • Cel: 317 621 8095 - 317 621 8096, OFICINA NO. 2: CRA. 27 # 34-44 "SES" PISO 6 • BUCARAMANGA, RISARALDA: CLL. 13 # 6-38 FRENTE AL SINDICATO DE EDUCADORES "SER" • Tel: (6) 333 2366 Cel: 318 409 3878 - 314 777 3965 • PEREIRA, SUCRE: CLL. 22 # 18-10 Local 101 CENTRO • Tel: (5) 271 4129 • Cel: 315 726 6992 • SINCELEJO, VALLE DEL CAUCA: CLL. 9 # 4 -39 OFICINA 101 - 104 • Tel: 881 1152 Cel: 317 567 2273 • CALL, ANTIGUOS TERRITORIOS NACIONALES: Guaviare, Guainía, Amazonas CRA. 26 # 35-09 PISO 4 EDIFICIO ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DEL META "ADEM" - Cel. 314 880 3466 • VILLAVICENCIO.

No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
17	76001-23-33-000- 2013-00756-01 (2224-2020)	28 de abril de 2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA

Según lo anterior, corresponde al Fomag liquidar y reconocer el auxilio de cesantías parciales o definitivas de los docentes oficiales afiliados, actividad que, en virtud de la «prestación descentralizada de los servicios» consagrada en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y de la delegación de que trata el artículo 9 ibídem, desarrolla a través de las secretarías de educación de los entes territoriales. Mientras que el pago de la prestación debe ser efectuado a través de la sociedad fiduciaria que administre los recursos del fondo, que en la actualidad es la Fiduprevisora SA.

En paralelo, correspondía a cada entidad territorial el reconocimiento de las cesantías del personal docente no afiliado al Fomag, situación que en términos del artículo 7 del Decreto 196 de 1995, hacía responsables del pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales causadas antes de su incorporación al Fondo. Más adelante, el Decreto 3752 de 20034 dispuso que los docentes del servicio público educativo vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberían ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma a partir de la cual el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas estuvo concentrado en esa entidad.

En los términos de la normativa citada en precedencia, los entes territoriales están obligados a afiliarse a los docentes vinculados a su planta de personal al Fomag, incluso si se trata de nombramientos provisionales, so pena de responder por la totalidad de las correspondientes prestaciones sociales.

En todo caso, se tiene que los docentes vinculados a partir del 1º. de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que a partir de la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

En consecuencia, el demandante acierta parcialmente en sus argumentos de apelación, en la medida en que, por un lado, **no le era dable al Tribunal de instancia declarar probada una excepción formulada en una contestación de demanda presentada en forma extemporánea; y, por otro, sí le asiste derecho al pago de las cesantías anualizadas de 2003 a 2005, junto con sus intereses legales del 12%, conforme se explicó en precedencia. No obstante, la sanción moratoria por la falta de pago de esas cesantías prescribió, de acuerdo con el derrotero jurisprudencial expuesto.**

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
18	080001-23-40-000-2017- 00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr.

				GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
--	--	--	--	----------------------------

El primer aspecto a abordar consiste en determinar si la señora Osiris Yaneth Pacheco Rodríguez, en su condición de docente, es beneficiaria de la Ley 50 de 1990, en particular, del artículo 99, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**⁹²⁶

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado⁹²⁷ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Esta corporación ha sostenido que la aplicación del criterio jurisprudencial vigente al momento de fallar determinado asunto no lesiona la confianza legítima ni la expectativa que le podría asistir a quien acude a la administración de justicia, pues, luego del nuevo análisis, se hacen primar otros derechos que merecen protección inmediata. En tal sentido se ha sostenido lo siguiente:⁹²⁸

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política.⁹²⁹

Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter **vinculante y obligatorio**. [Resalta del original]

926

Se resalta lo pertinente, comoquiera que el análisis de la Sala no comporta el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación de **las cesantías definitivas** respecto de los docentes

927

Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

928

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01.

929

Cita propia del texto transcrito «La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

El anterior lineamiento es consonante con las Sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, que reiteraron el carácter vinculante de la jurisprudencia de las altas Cortes y que las sentencias de unificación constituyen una nueva norma que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, porque se ocupan de la interpretación de la ley formalmente considerada con miras a su aplicación obligatoria, con ello se convierten en fuente viva del derecho y se materializan la igualdad, buena fe, seguridad jurídica y la garantía de la imparcialidad en las decisiones judiciales.

36. Lo anterior deja expuesto que, en condiciones normales, es decir, en aquellos eventos en los cuales se efectuó la afiliación del docente al FOMAG en su debida oportunidad, es éste a quien le corresponde asumir el pago de las prestaciones sociales del personal docente a él afiliado. Sin embargo, no puede pasar por alto la Sala que en el presente asunto y de acuerdo al material probatorio traído al proceso, el municipio de Plato – Magdalena no demostró que durante los años 1998 y 1999 afilió a la docente Mirta Cardozo de Arco al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y mucho menos, que realizó el traslado o consignación de los dineros correspondientes al auxilio de cesantías de la mencionada maestra durante los periodos recamados. Ante tal circunstancia, encontramos que de conformidad con el Decreto 196 de 1995¹⁰ y el parágrafo del artículo 1 del Decreto 3752 de 2003¹¹, son las entidades territoriales las que tienen a su cargo esa función en los eventos en que no hayan afiliado a su personal docente al FOMAG, como es el caso bajo estudio. Según las citadas disposiciones, colige esta colegiatura que, con ocasión de la ausencia de afiliación de la docente al mencionado Fondo, el municipio de Plato – Magdalena es el que tenía a cargo la cancelación de las cesantías de los años 1998 y 1999, por lo que la responsabilidad de la referida afiliación recae únicamente en la administración territorial tal como lo declaró el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia recurrida.

27. Conforme a la normativa trascrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de

cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990 que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías entes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
21	08-001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22 de agosto de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISETH IBARRA - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

Ahora bien, y teniendo en cuenta que la demandante sí tiene derecho a reclamar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías solicitadas, la Sala precisa que, de acuerdo con la regla jurisprudencial sentada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 de la Sección Segunda de la Corporación, la reclamación debe presentarse dentro del término de tres años siguientes a la exigibilidad de la sanción moratoria, so pena de operar la prescripción de la misma.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
22	08-001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22 de septiembre de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISETH IBARRA - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

Visto lo anterior, se procederá a dilucidar si, tal como lo dispuso el Tribunal, la demandante realizó la reclamación de la sanción moratoria de forma extemporánea, operando así el fenómeno de la prescripción del derecho.

Se destaca que, de acuerdo con la regla jurisprudencial sentada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 de la Sección Segunda de la Corporación, “En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción”.

En ese orden, del material probatorio avizorado en el plenario se encuentra acreditado que la actora elevó petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 7 de noviembre de 2014930; es decir, cuando ya había transcurrido el término trienal previsto en el artículo 151 CPT para la reclamación de la sanción causada por la mora en la consignación del auxilio de cesantías de los años 1997 a 2003, tal como a continuación se constata:

⁹³⁰ Se toma esta fecha, en atención a que fue la primera reclamación que hizo la demandante ante las entidades enjuiciadas para que le reconocieran en pago de las cesantías anuales, los intereses a las cesantías y la sanción moratoria.

Anualidad de las cesantías	Exigibilidad de la sanción	Fecha a partir de la cual opera la prescripción	Fecha de la reclamación	Tiempo transcurrido entre la fecha de exigibilidad y la petición de sanción
1997	15/02/1998	15/02/2001	7/11/2014	13 años, 8 meses y 21 días
1998	15/02/1999	15/02/2002	7/11/2014	12 años, 8 meses y 21 días
1999	15/02/2000	15/02/2003	7/11/2014	11 años, 8 meses y 21 días
2000	15/02/2001	15/02/2004	7/11/2014	10 años, 8 meses y 21 días
2001	15/02/2002	15/02/2005	7/11/2014	9 años, 8 meses y 21 días
2002	15/02/2003	15/02/2006	7/11/2014	8 años, 8 meses y 21 días
2003	15/02/2004	15/02/2007	7/11/2014	7 años, 8 meses y 21 días

De acuerdo con lo anterior, como la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la demora en la consignación anual del auxilio de cesantías del último año reclamado se efectuó cuando ya habían transcurrido 7 años, 8 meses y 21 días desde la exigibilidad de dicha sanción frente a la anualidad de 2003, y de conformidad con lo señalado en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2-004 proferida por la Sección Segunda de la Corporación del 25 de agosto de 2016, citada en párrafos anteriores, la Sala considera que respecto a aquel periodo y los causados con anterioridad, operó la prescripción del derecho, razón por la cual se debe declarar la excepción de prescripción extintiva del derecho formulada por el municipio de Sabanalarga, tal como lo dispuso el a quo.

Ahora bien, esta Subsección precisa que la sentencia de unificación citada en precedencia estableció que la causación de la sanción por mora es totalmente independiente a la prestación social; esto es, el nacimiento de dicha penalidad por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago por parte del empleador dentro de los términos de ley. No obstante, ello no se confunde con la extensión de la sanción en el tiempo, que sí está directamente asociada a que se efectúe la cancelación de la prestación social. El pago de las cesantías, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como sí ocurre con la prescripción una vez transcurridos los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
23	76-001-23-31-000- 2012-00212-02 (4470-2021)	19 de enero de 2023	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

“Primer problema jurídico

¿Le asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la

ANTIOQUIA: CRA. 50 22-103 AV. PALACE EDIFICIO GUARDA SOL, LOCAL 1099. TEL: 321 0653. • CRA: 321 621 354 - 310 433 2808 • MEDÉLLIN: **ARAUCA**: CRA. 23 22-31 BARRIO LA ESPERANZA, CERCA A LA ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DE ARAUCA TEL: 318 682 7927 • **ARAUCA**: **APARTADO**: CRA. 99 9 96-35 C. APARTAMENTO DE CRA. 50 321 429 3875 • **APARTADO**: **ATLÁNTICO**: CRA. 388 6 66-39 SEDE DEL SINDICATO DE EDUCADORES "ADEA" • TEL: (5) 317 7928 • C. 110 458 1625 - 310 458 1471 - 310 458 1708 • **BARRANQUILLA**: **BOGOTÁ**: CRA. 31A 25A 25-27 BARRIO LA GRAN AMERICA, ENSEÑADA DEL SINDICATO DE EDUCADORES "ADE" • TEL: (1) 695 3312 - (1) 712 4748 C. 317 383 081 - 304 352 1597 • **BOGOTÁ**: **ESMERALDA**: C. 44 5 54-78 PISO 10 BARRIO LA ESPERANZA • TEL: (1) 805 6210 C. 318 510 1768 • **BOLÍVER**: CALLE DEL CUARTEL DEL FIOJO CASA DEL EDUCADOR • 36-32 "SUDES" • TEL: (5) 664 0196 - 664 0187 • CRA: 314 776 2914 - 314 776 3466 - 314 778 4078 • **CARTAGENA**: **BOYACÁ**: C. 21 1 62-PRIMER PISO, BAJANDO DEL EDIFICIO CAMILO TEL: (8743) 0366 C. 312 761 597 • **TUNJA**: **CALDAS**: C. 22 23-23 LOCAL 1. EDIFICIO CONCHA LOPEZ, ENSEÑADA DE LA NOTARÍA SEGUNDA TEL: (88) 8708 C. 312 601 804 • **MANIZALES**: **CARTAGO**: C. 10 4 45-7 C. SANTA ANA PLAZA, LOCAL 111 - 112 • TEL: 214 4102 C. 312 641 1311 • **CARTAGO**: **CAQUETÁ**: CRA. 13 33 ESQUINA BARRIO CENTRO JUNTO AL BANCO AGRARIO, LOCAL 1, C. 320 371 7053 - 318 321 8331 • **FLORENCIA**: **CESAR**: C. 11 5 11-37 BARRIO LOPEÑA • TEL: 317 383 0489 - 300 413 4204 VALLEDUPAR • **CHOCÓ**: CRA. 6 26-91 BARRIO ALAMEDA REYES LOCAL 2 • TEL: 670 8228 C. 322 535 2430 QUIBDO • **CÓRDOBA**: CRA. 4 26-15 ESQUINA LOCAL 4, PRIMER PISO, DETRAS DE LA GOBERNACIÓN • TEL: (4) 784 3664 C. 312 831 474 • **MONTESIA**: **PAGUITÁ**: CRA. 8 2 2-58 DIAGONAL A SERVISALUD TEL: (1) 843 8877 • **GIROARDOT**: C. 16 12-39 AL RESPALDO DEL HOTEL CONFUNDI TEL: (1) 835 4149 • **SOACHA**: CRA. 13 5 5-97 LOCAL 205. C. TEQUENDAMA TEL: (1) 900 3124 • **ZIPACÓN**: CRA. 5 10A-47 BARRIO ALGARROBA • TEL: (5) 666 9275 • **VALPARAÍSO**: CRA. 4 40-5 C. 317 576 4743 - 318 562 8777 • **RIHACHA**: **HUILA**: C. 317 7304 LOCAL 105-106 PRIMER PISO, EDIFICIO CASA AGRARIA • TEL: 312 706 1318 - 322 706 5138 - 322 706 0091 • **CAJAMARCA**: CRA. 317 666 9275 • **NEIVA**: **MAGDALENA**: C. 22 40-70 EDIFICIO GALAXIA, LOCALS 114 Y 115 • TEL: (4) 837 8986 C. 304 367 8833 - 304 242 7511 - 300 201 3843 - 301 336 2018 • **SANTA MARTA**: **META**: CRA. 26 35-09 PISO 4 EDIFICIO ASOCIACION DE EDUCADORES DEL META "ADEM" • TEL: 317 621 8001 • **VILLAVICENCIA**: **NORTE DE SANTANDER**: AV. 6TA 12-60 CENTRO, ENSEÑADA DE FOTO SERRANO TEL: (7) 583 2039 - 572 2676 • **CUJUTIA**: **QUINDIO**: CRA. 13 15 NORTE - 35 DIAGONAL AL RESTAURANTE LA FLOTA • TEL: (6) 749 7676 - 749 7777 • TEL: 316 409 3569 • **ARMENIA**: **SANTANDER**: CRA. 27 34-62 ENSEÑADA DEL SINDICATO DE EDUCADORES "SES" • TEL: (7) 635 0400 • TEL: 312 621 8095 - 3121 8096 • OFICINA NO. 2: CRA. 27 34-64 "SES" • **BUCARAMANGA**: **RISARALDA**: C. 13 6-38 FRENTE AL SINDICATO DE EDUCADORES "SER" • TEL: (3) 323 2366 C. 314 409 3878 - 314 777 935 • **PEREIRA**: **SUCRE**: C. 22 18-10 LOCAL 101 CENTRO • TEL: (5) 271 4129 • C. 315 726 692 • **SINCELEJO**: **VALLE DEL CAUCA**: C. 9 4 9-39 OFICINA 101 - 104 • TEL: 881 1152 C. 317 621 5273 • **CAL**: **ANTIGUOS TERRITORIOS NACIONALES**: Guaviare, Guainía, Amazonas CRA. 26 35-09 PISO 4 EDIFICIO ASOCIACION DE EDUCADORES DEL META "ADEM" • C. 314 880 3466 • **VILLAVICENCIA**.

aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

(...)

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte que, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

(...)

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación”.

De esta manera queda expuesta la línea jurisprudencial desarrollada, en torno al derecho de los docentes de aplicación del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Es claro, que en sentencias proferidas en los años 2006, inicialmente se sostuvo que pudiera pensarse que al aplicar la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a su vez el régimen especial de los docentes de la Ley 91 de 1989, generaría una violación al principio de inescindibilidad o conglobamiento, como lo encuentra expresando en su argumento la sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA el día 41001333300320220019201, que nos encontramos tutelando en esta oportunidad, PERO QUEDA CLARO QUE EL PRESENTE ASUNTO, no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que es contundente y preciso, e iterado por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, que en el régimen especial de mi mandante hay una ausencia de regulación, de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, existiendo lo que se ha denominado un vacío normativo o ANOMIA, mientras que el régimen general si se encuentra contemplado claramente. En este sentido podría aplicarse, de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío normativo, en donde es posible acudir al régimen general, lo que determina la aplicación a los docentes de la ley 50 de 1990, sin realizar una dificultosa interpretación normativa, en virtud del principio de igualdad y de favorabilidad como lo ha expuesto el H. Consejo de Estado.

De igual manera, al unísono todas las sentencias expedidas en los años 2021 y en el año 2022 por parte del Honorable Consejo de Estado en su sección Segunda, fue reiterativa en determinar que: “...sí bien la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, **esta excluye otra posible interpretación**, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es **«más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales»**, máxime cuando «el ámbito de

aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos”

¿Qué significa la expresión: **“... que cualquier interpretación que se haya adoptado diferente para no reconocer la sanción por mora a las cesantías, diferente al principio de favorabilidad, está excluida de toda probabilidad de argumentación?”**

Miremos los argumentos de la sentencia tutelada del 5/9/2023:

1. Expresa el T.A.H. que no existe norma jurídica que así lo contemple.
2. Que no existe un precedente consolidado que obligue a acatarlo.
3. Acceder a lo pretendido implicaría introducir un cambio en la regulación sobre el funcionamiento interno del FOMAG en lo que respecta a la administración de los recursos – PRINCIPIO PRESUPUESTAL DE UNIDAD DE CAJA, por desconocer el propósito del legislador.

Honorables magistrados, obsérvese que los dos (2) primeros argumentos expuestos por la sentencia tutelada expedida por el Tribunal Administrativo del Huila el día 5/9/2023, **ya fueron superados por la legislación y por la jurisprudencia de la Sección segunda del H.C.E.** Queda claro lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en las últimas 22 sentencias expedidas por este máximo órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo que la Ley 50 de 1990, **SI** se aplica a los docentes por disposición expresa de la ley 91 de 1989, 344 de 1996, los Decretos Nacionales 1582 de 1998, 1252 de 2000 y 3752 de 2003.

La obligación del traslado de **los recursos a las cesantías** que tenía el Gobierno Nacional, las entidades territoriales, las Cajas Departamentales y Nacional de Previsión, el Fondo Nacional del Ahorro a los docentes vinculados, YA FUESEN NANCIONALIZADOS, TERRITORIALES O NACIONALES, que se encontraban vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, al Fomag, NO ESTA EN DISCUSIÓN, pues como quedó demostrado fue la intención y la orden impartida desde la creación de la ley 91 de 1989. **En eso no existe discusión. El Fomag debía recibir esos recursos.**

La aplicación de las normas que tenían los docentes nacionales antes de la expedición de la ley 91 de 1989 en el ámbito de las cesantías, fue ordenada fuera aplicada (sic) a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990. Es decir, que así como la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le giraba los recursos, como bien fue explicado al inicio de esta acción de tutela a los docentes nacionales al FONDO NACIONAL DEL AHORRO (FNA) desde el año de 1968 hasta el año el año de 1989, la manera como debía seguir actuando la NACIÓN – MEN, tanto con los docentes Nacionales que estaban vinculados antes de 1989 y que seguían vinculados después de esta fecha, así como con los docentes que se vincularan por primera vez, después del 1 de enero de 1990, como docentes territoriales o nacionales (o de cualquier índole), era seguir trasladando los recursos de las cesantías que se causaran cada 15 de febrero de cada anualidad mientras el docentes tuviera su relación laboral con el MEN o una entidad territorial. **DE VERDAD ES SENCILLO HONORABLES MAGISTRADOS.**

Hasta el Ministerio Público – La Procuraduría Delegada para asuntos judiciales ante el Consejo de Estado, lo expresó así:

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
5	08001-23-33-000-2014-00208-01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

“ ... 26. La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, consideró que se debe confirmar la sentencia apelada, por cuanto si bien los educadores se encuentran sujetos a un régimen especial, también lo es, que el legislador al establecer la sanción moratoria, utiliza el término genérico de servidores públicos, lo que incluye a quienes prestan sus servicios como docentes en el sector oficial.

27. Adicional a ello, adujo que el hecho de presentarse una falta de previsión por parte del legislador, y de no contemplarse en la norma especial la aludida penalidad, no es óbice para que al sector docente se le otorgue un trato desigual en comparación con el resto de empleados cobijados por la Ley 50 de 199035, por lo que en virtud del derecho a la igualdad, el principio de favorabilidad y en atención al artículo 8 de la Ley 153 de 188736 resulta procedente por analogía, aplicar el conjunto normativo de las disposiciones que establecen la penalidad por retardo en la consignación de las cesantías.

49. Al respecto, cabe precisar que la sentencia CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, dejó establecido que con antelación a ella, existían diversas posturas acerca de la aplicación de la prescripción en materia de sanción moratoria, entre las cuales, una de las tesis precisamente que se prohibía consistía en que «la reclamación de la sanción moratoria surge desde el momento en que la obligación se hace exigible, entendiéndose como obligación la que el legislador impone al empleador de pagar la sanción cuando omite el deber de consignar las cesantías anualizadas en una fecha determinada, siendo así, la reclamación válidamente se puede realizar desde el momento mismo en que empieza a correr la mora», de manera que, la postura definida en la aludida sentencia unificadora devenía de tiempo atrás y en esa medida, se erigía como un criterio plausible y aplicable para el caso bajo estudio.

50. En ese orden, se establece que la declaración de la prescripción del derecho pretendido en el sub júdice en ningún momento desconoce el derecho de igualdad, acceso a la administración de justicia y a la seguridad jurídica de la parte accionante, si se tiene en cuenta que la sanción moratoria por su naturaleza penalizadora, necesariamente debe encontrarse sujeta al término prescriptivo, pues ninguna penalidad puede existir indefinidamente en el tiempo, posición que debe aplicarse de manera uniforme a todas las personas que en virtud de su inactividad injustificada en el tiempo para reclamar dicho apremio, deban asumir las consecuencias de la extinción del mismo”.

En este sentido, la ley, el Honorable Consejo de Estado de Estado y el propio Ministerio público al unísono, establecen la configuración de la necesidad que los recursos que le pertenecen a mi mandante de sus cesantías, debían ser trasladados al Fomag antes del 15 de febrero del año 2021, como fue solicitado en el libelo que contiene la demanda, criterio que fue contrariado por la sentencia tutelada.

Ahora bien, la confusión y de verdad, la vulneración de los derechos fundamentales a mi mandante más “abrupta” es la decisión judicial respetuosamente tutelada en esta oportunidad del T.A. del Huila, es confundir la UNIDAD DE CAJA que posee

el Fomag para el manejo de los recursos de la salud, las pensiones y las cesantías, CUANDO LOS RECURSOS YA SON CONSIGNADOS EFECTIVAMENTE a esta entidad, señalando que la UNIDAD DE CAJA existe entre los recursos del Ministerio de Educación y el Fomag, lo que no es cierto. Son 2 cosas diferentes.

El párrafo 3 del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, contempla:

*“ 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 por la ley**, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros ”.*

Esto quiere decir que una vez son recaudados todos los recursos con los que se financia el Fomag, de conformidad con el artículo 8 de la ley 91 de 1989, el fondo puede aplicar el PRINCIPIO DE UNIDAD DE CAJA, para el pago de sus prestaciones, PERO ESTO NO QUIERE DECIR QUE EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, no deba trasladar los recursos de las cesantías de los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, el 15 de febrero de cada anualidad al Fomag, pues esta actividad la realiza como patrono del docente y para eso fue que se creó el Fomag.

Una vez el Fomag, recibe los recursos tanto de salud y de las cesantías (el 15 de febrero de cada año) y de los aportes establecidos en el artículo 8 de la ley 91 de 1989, como ya se explicó, **AHÍ SÍ**, puede constituir con ellos una UNIDAD DE CAJA para el pago de las prestaciones que le sean solicitada cancelar y como bien lo explica, priorizar, de ser el caso el pago de las pensiones y los servicios de la salud que tiene a cargo.

Recordemos que el Fomag, lo que tiene a cargo son el pago de las cesantías parciales para compra o arreglo de vivienda, pago de hipotecas, estudio del docente o sus hijos, PERO UNA VEZ EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, traslade los recursos de las cesantías el 15 de febrero de cada año, como lo determinó la ley 91 de 1989, 344 de 1996, los Decretos Nacionales 1582 de 1998, 1252 de 2000 y 3752 de 2003 y bien lo ha interpretado la Sección Segunda del H.C. de Estado y la Honorable Corte Constitucional.

LOS ARGUMENTOS PARA SER TENIDOS EN EL FALLO TUTELADO EXPEDIDOS POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA NO REQUIEREN DE UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, SINO UNA CLARA APLICACIÓN DEL CONTENIDO DE LA LEY, LOS DECRETOS Y LA INTERPRETACIÓN REGULARMENTE ACEPTADA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO EN TORNO A LA MATERIA

El Tribunal Administrativo del Huila puntualizó la diferencia entre las decisiones del Consejo de Estado y la decisión adoptada en la sentencia tutelada en esta oportunidad, **(1)** es que en la reglamentación de este beneficio (art. 13 de la ley 344 de 1996, se excluyó de manera expresa a los docentes, pues debían ser vinculados a nivel territorial y, **(2)** no está afiliado a un fondo privado de cesantías, sin haber tenido en cuenta LAS MAS DE 22 SENTENCIAS EXPEDIDAS POR EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO Y

RELACIONADAS PARA SU RECORDACION EN ESTA ACCION DE TUTELA, pues esa es una situación que ya fue superada por la jurisprudencia nacional.

Honorables magistrados en este punto específico de la decisión cuestionada, incurre respetuosamente la Sala de decisión del Tribunal Administrativo del Huila, en 3 errores, de orden legal en los cuales los supuestos facticos sobre los cuales se expiden las sentencias del Consejo de Estado.

En primer lugar, no es cierto que de la ley 344 de 1996, hubiera nacido la obligación de consignar las cesantías para los servidores públicos de nivel territorial, pues la misma lo que estableció es que hasta la fecha de promulgación de la misma, se respetaría el régimen de cesantías que cada empleado público del orden territorial tuviera, pero en nada adicionó la obligación que desde 1990 ya tenían todas la entidades públicas (incluyendo las territoriales) de consignar las cesantías a todos los empleados públicos al fondo al cual se encontraran afiliados al 15 de febrero de cada anualidad.

Expresar que en el caso de los docentes no se aplica la ley 50 de 1990, para efectos del reconocimiento de la sanción por mora, por cuanto tienen un régimen especial de cesantías, sin expresar cuál es su especialidad, es casi que “huir” de una justificación que no puede dar, pues es casi como expresar que aunque las cesantías no se consignen al fomag por parte del gobierno durante años y años y más años, nunca existiría para los docentes u derecho a reclamar que sus cesantías se encuentren consignadas a tiempo.

Osea que en virtud de lo contemplado por el T.A. del Huila, **TODOS** los empleados públicos vinculados después de 1990, tienen una protección que sus cesantías sean consignadas al 15 de diciembre de cada anualidad tiempo, de lo contrario opera una sanción, **MENOS LOS DOCENTES** a quienes el patrono podría pasar años (más de 15 años si quiere) sin consignar sus cesantías en el fomag y no puede hacer nada el docente, sino esperar que de CARITATIVO cuando el MEN, considere o se apiade del docente, entonces proceder a cancelarlasy en todo o en parte y sin que nada pase.

Pero lo que la jurisprudencia ha expresado claramente, es que tanto las cesantías y la sanción por mora prescriben a los 3 años después de su causación, lo que significaría entonces que cuando el docente solicite a los años su cancelación, incluso las primeras estarán prescritas, lo que sí desborda ya, buscar los límites de la indignidad laboral para el docente que represento, que solo se encuentra solicitando como servidora pública un trato en las mismas condiciones que el resto de empleados públicos del país.

Es que tener un régimen especial de cesantías, significa una protección adicional en el pago de las mismas o una cancelación adicional en su valor, pero reconoce incluso en el contenido de su decisión el propio T.A. del Huila, que le fue demostrado que los intereses a las cesantías no solo se le pagan en fechas posteriores al resto de funcionarios del estado, sino en cuantía inferior al resto de servidores públicos del estado. Ahora que bajo el criterio de la decisión, se expresa que no existe sanción por la consignación de las cesantías al fomag, entonces cabría preguntarse, que protección especial tiene el docente cuando no se le consignan sus cesantías por su trabajo?

En segundo término, Honorables magistrados, entonces ¿cómo hace el Fomag (que posee un patrimonio independiente como cuenta especial de la Nación y que su administración

la determina un Consejo Directivo) para cancelarle las cesantías al docente? ¿De donde obtiene su patrimonio para pagar las prestaciones de los docentes vinculados con anterioridad a 1989 y para pagar las prestaciones de los docentes vinculados con posterioridad a esta fecha?

Sería un exabrupto demandar al MEN, de un docente que no es afiliado al Fomag, ni a ningún fondo de cesantías, cuando como autoridad pública niquiera conoce la vinculación del docente ni que trabaja para esa entidad. No sabría el MEN a donde consignar las cesantías pues ningún fondo privado puede recibirlo y tampoco está afiliado al Fomag. Esa es la postura de la sentencia tutelada, no es posible.

Qué sentido tenía la creación del Fomag y que en la propia ley de la creación del mismo, se cambiara el régimen de liquidación de cesantías para los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, con el objetivo de descargar al Ministerio de Educación Nacional – como patrono – de esta fuerte carga prestacional que le generó pagar directamente las cesantías parciales y definitivas durante más de 40 años (ley 6ª. de 1945) y fuera el Fomag el encargado de pagar en adelante las cesantías parciales sin tener los recursos?

Y en tercer lugar, es un absurdo pretender hacer convencer a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que tiene el derecho a la sanción por mora a las cesantías un docente vinculado por una entidad territorial, **sin que la NACION se hubiese enterado y que no estuviese afiliado al Fomag**, cuando no se le han consignado las cesantías el 15 de febrero a esta entidad, creando una obligación a cargo del Ministerio de Educación, por encima de un derecho que precisamente le asiste a quien está afiliado a un fondo de cesantías, que debe recepcionar este recurso antes de esta fecha.

El artículo 4 de la ley 91 de 1989, estableció que los docentes que se vinculen con posterioridad al 1 de enero de 1990 al servicio educativo estatal, serán afiliados automáticamente al Fomag. ¿Honorable Magistrados y afiliarlos para que? Pues SENCILLO, para que el patrono se descargara del pago de las cesantías hacia el futuro y el docente “se entendiera en adelante” para el pago de sus cesantías con este fondo, pero previa la cancelación parte del patrono de las mismas al 15 de febrero de cada anualidad, como lo determinó el artículo 2 de la propia ley 91 de 1989.

Solo para evidenciar lo lejano a la realidad lo planteado por la decisión que hoy se tutela, la sentencia C-506/06, expedida por la Honorable Corte Constitucional, con Ponencia de la **Dra. CLARA INES VARGAS**, estableció claramente:

“ En efecto, la Ley 91 de 1989, refiere en su título a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y consta de 17 artículos, a los cuales se referirá brevemente la Corte con la finalidad de contextualizar la ley en estudio.

Los artículos 6 a 14, refieren i) a que el contrato de fiducia mercantil previsto en el artículo 3, habrá de prever un Consejo Directivo del Fondo, indicando para el efecto su conformación; ii) a las funciones del Consejo Directivo del Fondo, indicando su parágrafo que para el cumplimiento de sus funciones en relación con las entidades territoriales, considerará preferentemente recomendar o escoger los fondos prestacionales que vienen atendiendo a los docentes en el respectivo territorio, sin perjuicio de otra alternativa; iii) a los recursos por los cuales estará constituido dicho Fondo, dentro de los cuales se prevé las sumas que debe recibir de la Nación y las

entidades territoriales por concepto de prestaciones sociales adeudadas, como los dineros que resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro. El párrafo refiere a que en ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al indicado en el artículo 4, en concordancia con el artículo 2 de esta ley; **iv) al reconocimiento por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional de las prestaciones sociales que pagará el Fondo,** v) al tiempo para pagar al Fondo la deuda liquidada a cargo de la Nación que resulte de los convenios interadministrativos celebrados entre la Nación y las entidades territoriales, señalando un porcentaje; vi) a la emisión por la Nación de bonos educativos de valor constante, por el valor total de la deuda. Al igual señala como requisito de aprobación del Presupuesto Nacional, **que el Congreso exigirá la inclusión de las partidas que aseguren el pago oportuno de estas obligaciones, estableciendo responsabilidades disciplinaria y penal ante el retardo u obstaculización del pago;** vii) **a que para determinar las cuantías que los entes territoriales y la Nación deben depositar en el Fondo,** se efectuará un corte de cuentas en el que se determinará el monto de las prestaciones que cada uno adeude a los docentes en forma que establezca el valor total y no queden obligaciones pendientes; viii) **a la suscripción de convenios por la Nación y las entidades territoriales que acuerden la destinación directa por la Nación de sumas provenientes de transferencias con destino a las entes territoriales para cubrir la deuda que resulte a cargo de éstas a favor del Fondo;** y ix) a prohibir a la administración del Fondo acometer obras y emprender inversiones que comprometan la liquidez del mismo o impidan que con los recursos que maneje se puedan atender las solicitudes laborales a su cargo en forma oportuna.

(.....)

El punto No. 3, señala que las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, **que pasen al Fondo continuarán sujetas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.**

(...)

Ahora, acudiendo a los antecedentes legislativos de la ley parcialmente acusada identificada como proyecto de ley No. 49 de 1989, "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", su presentación por el Gobierno obedeció a la necesidad de "*solucionar definitivamente las indefiniciones y dificultades para atender de manera adecuada los derechos laborales de los docentes*". Así se observa cuando en la exposición de motivos a dicho proyecto de ley se adujo la interrelación de variables jurídicas, económicas y administrativas para consolidar una solución definitiva a la problemática correspondiente al pago de las prestaciones sociales de los docentes. Igualmente, se anotó que debía abordarse las situaciones acaecidas bajo los distintos regímenes prestacionales anteriores respetando las conquistas laborales y a la forma cómo se asumirán dichas obligaciones a partir de la entrada en vigencia de esta ley, que conllevó a la creación de un Fondo Especial que asumiera de manera eficiente y oportuna todas estas responsabilidades en materia salarial y prestacional. Al respecto, se indicó:

"Exposición de motivos

(....)

Diagnóstico de la situación

Como puede observarse la situación del magisterio en materia salarial y prestacional revestía un desorden y una complejidad enormes, donde las diferencias de remuneración alcanzaban extremos...Ante esta situación se vislumbra entonces la conveniencia de nacionalizar la educación...Se expide entonces la Ley 43 de 1975...No obstante la aparente claridad de lo dispuesto por la ley, se generaron interpretaciones encontradas sobre el régimen aplicable al periodo de 1976 y 1981, durante el cual la Nación y las entidades territoriales compartían el pago de las prestaciones del magisterio, según el proceso gradual de la participación de los costos ordenado en el artículo 3 o el tratamiento que debía darse a las diferencias del régimen prestacional entre la Nación y las entidades territoriales. La Nación asumió la prestación del servicio público de la educación primaria y secundaria, sin el cumplimiento del procedimiento previsto, lo cual ocasionó dificultades para realizar los pagos a los docentes y atender oportunamente las obligaciones prestacionales que ello implicaba.

Solución al problema

*Con este proyecto pretendemos definir, de una vez por todas, las responsabilidades en material salarial y prestacional, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes **para el pago de las obligaciones existentes y futuras**. Con el ánimo de poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente y administrativo oficial del país, de crear un mecanismo ágil y eficaz para efectuar tales pagos y de garantizar el **buen manejo de los dineros recaudados a través de un Fondo Especial**, el Gobierno pone en consideración el presente proyecto de ley...El proyecto contiene variables jurídicas, económicas y administrativos elementos sin cuya interrelación sería imposible consolidar la solución esperada. Jurídica y doctrinariamente se deberán mantener los regímenes que han sido reconocidos y legitimados en cada entidad territorial para aquellos docentes que fueron contratados bajo las circunstancias laborales anunciadas. Lo anterior conlleva a dejar en claro que a partir del 1 de enero de 1990, quienes se vinculen en calidad de docentes al sector educativo nacional estarán cobijados por el régimen establecido para los empleados nacionales. Para poder atender de manera eficiente y oportuna las prestaciones que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley y con el objeto de contar con un instrumento moderno, ágil y exclusivamente dedicado a esta tarea se propone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con **independencia patrimonial y contable, el cual serán manejado...**".*

*En las ponencias para primer y segundo debate, se refirió a la necesidad de resolver las dificultades que se presentaban por la diversidad de regímenes prestacionales existentes, **la falta de claridad que existía en relación con las cuantías que la Nación y entes territoriales debían aportar para cancelar los pasivos y la ausencia de un instrumento de unificación del sistema normativo que permitiera asumir el pago efectivo de las prestaciones sociales del magisterio.***

Al respecto, se señaló:

*"El Presidente Barco ha manifestado desde ante del inicio de su Gobierno, la seria intención de entrar a resolver el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio, de la falta de claridad relacionada con las **cuantías que la Nación y las entidades territoriales deben aportar para cancelar los pasivos exigibles y contingentes a su favor y de la ausencia de un instrumento que unifique***

***el sistema normativo** y se haga cargo de pagarle las prestaciones, las cesantías y de asumir los riesgos de salud y también los económicos. Además de otros aspectos, puede afirmarse que el proyecto consta de dos básicos: la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990.*

(....)

Finalmente, en la ponencia para segundo debate ante la Cámara de Representantes, se reiteró:

(....)

Del recuento de la exposición de motivos puede manifestarse que la presentación del proyecto de ley buscó establecer la claridad necesaria en cuanto a las responsabilidades en el pago de las prestaciones sociales de los docentes y en definir un régimen laboral único atendiendo la problemática que se presentaba por la diversidad de regímenes laborales existentes, la falta de claridad en las sumas que la Nación y entidades territoriales debían cancelar y la ausencia de un mecanismo efectivo que permitiera asumir dichas cargas prestacionales y unificara el sistema normativo; todo lo cual vino a generar la creación de un Fondo especial, como se vino a estipular en el mismo título de la ley.

Puede entonces señalarse que el eje temático de la ley 91 de 1989, estuvo enmarcado en la necesidad de aclarar de manera integral aspectos referidos a las obligaciones prestacionales para con los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales manteniendo la normatividad vigente respecto a las situaciones acaecidas en su momento y consecuentemente con la creación del Fondo unificando nacionalmente la administración del régimen prestacional de los docentes, **que asumiría en adelante la carga prestacional conforme a las obligaciones establecidas para los demás entes responsables.**

Con la creación de un Fondo especial además de regular los aspectos administrativos propios de dicho ente administrativo como los referidos a la naturaleza administrativa, órgano de dirección y funciones, entre otros, era también indispensable abordar como un desarrollo y puesta en marcha de dicho Fondo, las situaciones acaecidas bajo los diferentes regímenes prestacionales vigentes para dicho momento, como lo hizo el legislador a través de las normas demandadas al señalar la manera, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975, como la Nación y las entidades territoriales asumirían las obligaciones prestacionales para con el personal docente nacional y nacionalizado, causados hasta la fecha de la promulgación de la presente ley, y así mismo, indicar las disposiciones que habrán de regir a dicho personal partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989 y con posterioridad al 1 de enero de 1990.

(....)

No se está consagrando con las expresiones acusadas condiciones más desfavorables a los docentes nacionales ya que como se ha expuesto los apartes demandados pueden brindar la necesaria claridad sobre los regímenes que deben aplicarse a los docentes vinculados hasta la fecha de promulgación de la ley y quienes se vinculen con posterioridad a la misma. El legislador busca mantener las prestaciones establecidas para los docentes vinculados y señalar las normas aplicables a quienes se vinculen a partir del 1 de enero de 1990. Tampoco debe olvidarse que el principio de

favorabilidad en materia laboral consiste en el " *deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario)*".[27]

Lo anterior está en consonancia con los antecedentes legislativos de la ley en estudio ya que se pretendió mantener los regímenes establecidos hasta antes de la promulgación de la presente ley, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1989 y con posterioridad a esta fecha (entrada en vigencia de la presente ley) unificar sólo en determinadas materias el régimen laboral de los docentes". (Negrillas y subrayado al copiado)

No resulta cierto entonces, que la sanción por mora establecida en la ley 50 de 1990, solo opera para los docentes que no se han afiliado al Fomag, y que por eso no existe PRESUPUESTOS IDENTICOS entre las sentencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado y las pretensiones que fueron negadas por parte del Tribunal Administrativo del Huila el 5/9/2023, pues para poder generar la obligación de consignar por parte de un deudor, es necesario que este conozca exactamente donde, a quien y cuando pagar, circunstancia que no podría realizar el MEN, si previamente no conoce sí el docente se encuentra o no afiliado al Fomag.

Si un docente no se encuentra afiliado al Fomag, ¿cómo podría saber el MEN, a donde consignaría las cesantías? Ahora bien, expresar eso, es tanto como permitir que las entidades territoriales vincularan docentes sin autorización de la NACION -MEN y luego culpar al MEN de la no cancelación de las cesantías, cuando esto le fue expresamente prohibido desde la expedición del artículo 6 de la ley 60 de 1993, que fue contundente en expresar:

“... **Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes** y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. **El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio** y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por **concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.** El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban

trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

No puede vincularse ningún docente al magisterio por fuera de las plantas de personal que fueron aprobadas desde 1993, momento en que se descentralizó la educación en el sector educativo, sin que previamente estuviera autorizado por la Nación, pues precisamente existía una vinculación automática al Fomag, para que fueran trasladados las cesantías anualizadas, decretadas de manera anual por la ley 91 de 1989, a todos los docentes, como es el caso de la tutelante, vinculados después del 1 de enero de 1990.

2. Continua expresando la sentencia tutelada, en pag. 29, que:

*“Se itera, que, aunque el legislador generalizó el sistema anualizado para la liquidación de las cesantías, su voluntad también se dirigió a distinguir a través de diferentes regímenes: el trámite, la forma, los plazos y los administradores de los recursos de uno y otro trabajador (docente vs particular y servidor público del nivel territorial afiliado a un fondo privado). **Y, es por esa legal categorización que para la Sala no resulta adecuado exigir al empleador docente cumplir con una obligación que no se incluyó en el compendio normativo sobre el cual debe orientar su funcionamiento** (consignar las cesantías y cancelar los intereses antes del 15 de febrero y del 31 de enero de cada año, respectivamente).”*

Honorables Magistrados, **a uno por uno de las categorías de los docentes oficiales**, se les fue dando una solución legal para el pago por parte del MEN de las cesantías al fomag, como se explicó ampliamente en esta acción de tutela, (1) sin importar que fuese nacional, nacionalizado, territorial, cofinanciado o (2) sin importar si el docente fue vinculado antes de 1980, entre 1980 y 1989 o que fuese vinculado con posterioridad a mencionada fecha o (3) que estuviera afiliado a una caja de previsión territorial o nacional, al FNA, a una entidad territorial o a la Nación, PERO LO UNICO QUE DEJO CLARO la ley, fue la obligación del patrono de trasladar los recursos de las cesantías que se hubiesen causado por el trabajo del docente al fomag.

El compendio normativo que existe sobre la obligación que tiene el MEN, para el caso específico de mi mandante, que fue vinculada después del 1 de enero de 1990, es bastante copioso como hemos explicado en esta acción de tutela. No es cierto que no existe normatividad sobre el particular. Expresar eso sin tener en cuenta la evolución normativa y el avance jurisprudencial que sobre la materia se ha expedido es desconocer que la intención que tuvo la ley 91 de 1989, fue de descargar la obligación del patrono hacia el futuro y evitar la carga salarial y prestacional que tenían los patronos antes de su expedición.

Expresiones de la sentencia, manifestando que no le asiste el derecho a la sanción por mora para mi mandante, por cuanto los docentes no poseen cuentas individuales, es una circunstancia que no resulta cierta, pues lo controvertido es la NO consignación de las cesantías antes del 15 de febrero del año 2021 a mi mandante en el fomag por parte del MEN, independientemente de lo que suceda con posterioridad a esa consignación, o la manera como manejen los fondos en cuentas individuales o globales por parte del fomag, que efectúen ejercicios contables de unidad de caja o de cuentas individuales, PUES LO IMPORTANTE resulta sin lugar a dudas es que el docente posea la consignación de las cesantías en el momento establecido en la ley. (15 de febrero de 2021).

PRECEDENTES JUDICIALES DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DEL PAÍS, QUE RECONOCEN EL DERECHO A LA SANCIÓN POR MORA A DOCENTES VINCULADOS DESPUES DEL 1 DE ENERO DE 1990, POR LA FALTA DE CONSIGNACIÓN POR PARTE DEL PATRONO – MEN – EL 15 DE FEBRERO DEL AÑO 2021 AL FOMAG Y QUE CORRESPONDEN A SU LABOR COMO MAESTRO OFICIAL EN EL AÑO 2020

En caso similar el Honorable Tribunal Administrativo de Sucre, en providencia del 21 de julio de 2022, teniendo como Magistrado ponente: Doctor Andrés Medina Pineda, Radicación: No.70001-23-33-000-02018-00097-00, Demandado: NACION – MIISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG, adoptó la teoría que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones contenida en la ley 50 de 1990, así:

“ Pues bien, tal como se señaló en líneas anteriores, en virtud del principio de favorabilidad al que ha hecho referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la demandante tiene derecho a que se aplique lo contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998; es decir, la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías anualizadas contemplada en los artículos 99, 102, 104 y ~~subsiguientes de la Ley 50 de 1990~~, ya que no existen pruebas que permitan establecer la consignación oportuna de las mismas; es decir, antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación”.

Es claro, como lo determinó el H.C. de Estado

El Tribunal Administrativo de Boyaca, en sentencia expedida el 24 de enero de 2023, teniendo como M.P. Dr. JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO, Rad. No. 15001-3333-007-2019-00046-01 , Demandante: Docente Mariela Aurora García García, Demandado: NACION – MEN – FOMAG Y Municipio de Sora, se contempló:

“ ... Tesis argumentativa propuesta por la Sala

39. La Sala confirmará la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que en virtud de las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 196 de 1995, correspondía a la Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar las cesantías parciales correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 a la señora **MARIELA AURORA GARCÍA GARCÍA** y luego adelantar los trámites administrativos ante el Municipio de Sora, a efectos de recobrar el valor de tales cesantías.

40. Lo anterior, en atención a que era obligación de la entidad territorial la incorporación o afiliación de la demandante al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** desde el momento de su vinculación al servicio docente y en su condición de entidad nominadora, le correspondía el pago de las cesantías pretendidas, a través del mencionado fondo, siendo esta una obligación de origen legal y para su cumplimiento no se requiere la existencia de un convenio interadministrativo.

41. Por otro lado, según lo dispuesto en la Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, dictada por la **Sección Segunda del Consejo de Estado**, las cesantías reclamadas en el presente asunto tienen el carácter de imprescriptibles, teniendo en cuenta que la accionante realizó la reclamación administrativa cuando la relación laboral aún se encontraba vigente.

42. No obstante, no ocurre lo mismo con la sanción moratoria reclamada, pues en la misma Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, la cual fue aclarada mediante providencia del 6 de agosto de 2020, se estableció que la penalidad no es accesoria a la prestación social y al pertenecer al derecho sancionador debía estar sujeta al término prescriptivo del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece a cargo del titular del derecho la obligación de efectuar el reclamo dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad so pena de verse afectado por la prescripción, deber que no fue llevado a cabo en debida oportunidad por la demandante en el presente asunto”.

Es claro que en el presente asunto que fue fallado por el T.A. de Boyacá, las pretensiones respecto al pago de la sanción por mora que reclama el docente, se encuentran prescritas, pues está solicitando el pago de una sanción por mora el 30 de agosto de 2018, que corresponden a unas cesantías que no fueron canceladas oportunamente en los años 1995, habiendo transcurrido más de 13 años para realizar la reclamación, circunstancia en la que se encuentra razón del Tribunal y es claro.

Lo importante de la decisión, obedece a la ratificación de la obligación que tiene a su cargo el patrono del docente reclamante en el asunto debatido de haber efectuado el pago de las cesantías el 15 de febrero de esos años en el fomag, por encontrarse vinculada con posterioridad al 1 de enero de 1990 al sector educativo. Incluso el Tribunal en comentario, establece la obligación del fomag de pagar las mismas al docente y proceder al recobro de las mismas al patrono.

Honorables magistrados, si se observa la conducta del fomag en el presente asunto, es contraria la verdadera actitud que debería tener, antes que exigirle a la Nación – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL el pago de las cesantías del docente demandante antes del 15 de febrero de 2021, lo que ha hecho es defender a ULTRANSA la falta de pago, coadyuvada ahora por la sentencia tutelada que llevara al docente solicitante a no tener mecanismo legal para el reclamo de sus derechos, pues ahora resulta que no puede nada que hacer si el patrono no consigna sus cesantías en el fomag.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 31 de mayo del año 2019, Demandante: Docente Beatriz Diáfara Caicedo, Demandado: NACION – MEN – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Rad. No. 76-001-23-33-000-2013-00734-00, determinó que:

“....En lo que atañe a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías conforme lo establece la Ley 50 de 1990, la misma sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal, tal como lo aclaró el Tribunal de Cierre de esta Jurisdicción en la sentencia de unificación, y en razón a ello se tiene que para las cesantías del año 2003 la interesada ha debido elevar la reclamación en el 2007, respecto de las cesantías del 2004 debió solicitarse la sanción moratoria hasta el año 2008, y frente a las cesantías del año 2005 debió pedirse la sanción en el 2009, pero contrario a ello la petición se realizó el 30 de diciembre de 2010, motivo por el cual se negará el reconocimiento de la referida sanción moratoria”.

Si bien en el presente asunto, operó el fenómeno jurídico de la prescripción, por haberse demorado el docente en reclamar esta prestación, más de 3 años, es claro el T.A. del Valle del Cauca, reconoce en el asunto, que tratándose de docentes oficiales es aplicable la ley 50 de 1990, solo que el docente oficial, solo se enteró que no se le habían cancelado las cesantías cuando transcurrieron más de tres (a) años. La necesidad que el FOMAG, se encuentre financiado depende del patrono, a quien se

le otorgó la posibilidad de descargarse se esa obligación, situación que se debía concretar con el destino de las cesantías para sus empleados el 15 de febrero de cada anualidad el 15 de febrero del año 2021, como fue solicitado en la demanda pero que fue desconocida por la sentencia tutelada.

PRECEDENTES JUDICIALES DE JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL PAÍS en los años 2022 y 2023, QUE RECONOCEN EL DERECHO A LA SANCIÓN POR MORA A DOCENTES VINCULADOS DESPUES DEL 1 DE ENERO DE 1990, POR LA FALTA DE CONSIGNACIÓN POR PARTE DEL PATRONO – MEN – EL 15 DE FEBRERO DEL AÑO 2021 AL FOMAG Y QUE CORRESPONDEN A SU LABOR COMO MAESTRO OFICIAL EN EL AÑO 2020

1. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira, en sentencia expedida el 23 de junio de 2022, en el exp. Rad. No. 66001-33-33-001-2022-00020-00, **Demandante:** Docente John Jader Oyola Osorio **Demandado:** NACION – MEN, determinó:

“ En suma, el órgano de cierre de esta jurisdicción en diferentes decisiones ha considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales, las previsiones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

(....)

En ese orden de ideas, este Despacho adopta idéntica postura a la planteada por el honorable Consejo de Estado, la cual a su vez hace eco de la sentencia de unificación dictada por la honorable Corte Constitucional y en ese sentido, estima que para el caso concreto, deberá estudiarse la mora reclamada en los términos de la Ley 50 de 1990.

(....)

Ese orden de ideas, se causó la sanción moratoria en favor de la parte demandante, equivalente a un día de salario por cada día de mora en la consignación de las cesantías e intereses a las cesantías, desde el 15 de febrero de 2021 hasta el 30 de marzo de la misma anualidad en lo relativo a los intereses a las cesantías, y para las cesantías propiamente dichas, desde el 15 de febrero de 2021 hasta la fecha en que se registre la consignación.

2. En sentencia proferida el 9 de septiembre de 2002, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en el expediente rad. No. 70001-33-33-002-2022-00115-00, **Demandante:** Docente Eladio Segundo Terán Tovar. **Demandado:** NACION – MEN, estableció:

“Es decir que los docentes oficiales, en virtud del principio de favorabilidad se les aplica la ley 50 de 1990, toda vez que son trabajadores oficiales.

(...)

En caso similar el Honorable Tribunal Administrativo de Sucre¹, en providencia del 21 de julio de 2022, tomo la teoría que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones contenida en la ley 50 de 1990, así:

Pues bien, tal como se señaló en líneas anteriores, en virtud del principio de favorabilidad al que ha hecho referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado,

la demandante tiene derecho a que se aplique lo contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998; es decir, la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías anualizadas contemplada en los artículos 99, 102, 104 y subsiguientes de la Ley 50 de 1990, ya que no existen pruebas que permitan establecer la consignación oportuna de las mismas; es decir, antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación.

(...)

III. SINTESIS.

Esta Unidad no accederá a las pretensiones de la demanda referente a la indexación e indemnización por el pago tardío del interés de cesantía, y accederá a la pretensión de la sanción moratoria, por la no consignación de las cesantías de la parte demandante antes del 15 de febrero de 2021, teniendo en cuenta que no se probó por parte de las entidades demandada la consignación de la prestación, así mismo, no hay otra afirmación diferente a que la parte demandada no está acogiendo la tesis tomada por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso- Administrativo Sección Segunda, Subsección A, el nueve (9) de mayo de dos mil veintidós (2022) Radicación: 08001-23-33-000-2017-00795-01 (2659-2020).

3. Así mismo el JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN, el veintiuno (21) de septiembre de 2022, en exp. No. 05001-33-33-019-2022-00085-00, Demandante: Docente JOSÉ ALEXÁNDER ESTRADA VILLA Demandado: NACION – MEN, señaló:

“... Así entonces, se concluye que en virtud del desarrollo jurisprudencial que gobierna la materia, es procedente dar aplicación del criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional y ordinario para resolver los litigios como el presente, en el que se solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se advierte que la parte demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías correspondientes al año 2020 en el FOMAG antes del 15 de febrero de 2021, así como la indemnización por el no pago de los intereses causados por las mismas antes del 31 de enero de 2021.

De acuerdo al plenario, está demostrado por prueba directa o porque las partes lo aceptaron como cierto, los siguientes supuestos fácticos:

- i. Es indiscutible que la parte demandante es docente oficial, con fuentes de recursos “del presupuesto nacional”. Lo anterior, conforme se desprende de la información contenida en el Formato de Extracto de Intereses a las Cesantías del FOMAG, aportado por la parte actora, mismo que no fue desconocido o tachado de falso por la contraparte (arch. 02, pág. 66, exp. virtual).
- ii. También se tiene demostrado que la parte demandante fue vinculada al servicio docente después del 01 de enero de 1990, pues así lo afirmó la parte actora en su escrito de demanda y esta afirmación no fue desvirtuada por la parte demandada.
- iii. También está acreditado que el FOMAG ha venido cancelando las cesantías hasta el año 2020, según consta en el extracto aportado (arch. 02, pág. 66, exp. virtual).

(...)

Con base en lo probado, y de la información que se extrae del escrito de demanda, se advierte que la parte demandante es docente oficial, amparada por el régimen anualizado de cesantías, regulado por la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

(....)

Lo anterior significa que las cesantías anualizadas se causan con corte al 31 de diciembre de cada año, se liquidan con base en el salario devengado en ese año y se consignan en el fondo administrador de cesantías – en este caso el FOMAG- antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal se produce ante el desconocimiento de esa fecha. Por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada “indemnización por mora”, es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización.

4. Reiteró el Juzgado 2do. Administrativo del Circuito de Buga, Rad. No. 76-001-33-33-002-2022-00095-00, en sentencia del 27 de septiembre de 2022, Demandante: **CARLOS ULPIANO PLAZA ROMERO, Demandado: NACION – MEN**, que:

“ Una vez realizado el anterior recuento probatorio, se reafirma que lo que persigue la demandante con el presente medio de control, es el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales, junto con la indemnización generada por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, correspondientes al año 2020.

Así entonces, siguiendo la jurisprudencia constitucional de unificación acogida por el Consejo de Estado y que fue analizada al comienzo de estas consideraciones, y como quiera que se encuentra demostrado con las pruebas enlistadas en precedencia, que la demandante es docente oficial vinculada al servicio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, lo que la hace beneficiaria del régimen anualizado de cesantías conforme lo establece el literal b), numeral 3, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto establece que los educadores que ingresaran a partir del 01 de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, y que además previó la liquidación de las cesantías en forma anualizada.

Hecho que permitiría colegir sin mayores dificultades, que conforme con la Ley 50 de 1990, la fecha límite para el pago de las cesantías de la demandante correspondientes a la anualidad 2020, correspondió al 14 de febrero de 2021.

(....)

Situación que permite tener por acreditado que la parte demandada incurrió en mora en la consignación de las cesantías de la demandante correspondientes al año 2020, y con ello devino la consecuente materialización de la sanción moratoria que aquí se reclama, la que se reconocerá conforme con los postulados del artículo 99 de Ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2021 y hasta que tenga lugar su efectiva consignación.

5. El Juzgado 3ero Administrativo del Circuito de Buga, en providencia del veintiocho (28) de septiembre de 2022, Radicado: 76111-33-33-003 – 2022-00066-00, **Demandante: Docente ROSA ZOHE RIVAS QUEVEDO**, expresó:

“ Si bien en pasadas ocasiones el mismo Consejo de Estado y la Corte Constitucional habían sostenido la tesis de que los docentes oficiales, servidores públicos en toda regla, no estaban amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», sin embargo, se itera, luego, por vía de acción de tutela, ambos órganos de cierre consideraron que, en virtud del principio de

favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

(...)

Como puede observarse, la postura jurisprudencial vigente, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, está encaminada a la protección de las prestaciones salariales de los docentes oficiales, dada su condición de servidores públicos. En razón a ello se resalta que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías es posible concederla cuando se trate de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así, este Juzgado considera viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en la jurisprudencia de unificación de las Altas Cortes para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de manera que para los educadores, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

6. En una decisión acorde con lo expresado por el H.C.E., de manera reiterativa, el Juzgado 2do. Administrativo del Circuito de Bucaramanga, el 28 de septiembre del año 2022, Radicado: 680013333002202200065-00, **Demandante:** Docente FREDY RAMÍREZ BLANCO Demandados: NACIO – MEN, fue determinante en puntualizar:

“ d. Respecto de las cesantías correspondientes al año 2020, el FOMAG afirma que la parte demandante, en su calidad de docente, pertenece a un régimen especial con un procedimiento claro donde no existe consignación anual de cesantías antes del 15 de febrero como lo pretende la parte demandante, ratificando que los docentes oficiales debían petitionar para el reconocimiento y pago de sus cesantías, sin que fuese aportada prueba alguna de la consignación por parte de dicha entidad a la fecha. No obstante, el Despacho considera que para asumir de manera integral la teleología de la sentencia de unificación SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, es necesario comprender que, por virtud del principio de igualdad (art. 13 C.P.) los docentes como destinatarios de los mandatos de la Ley 50 de 1990, también tienen derecho a que las cesantías se incorporen a su patrimonio a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a aquél en su fueron causadas. Sin importar, desde luego, los trámites y la naturaleza jurídica del Fondo, pues en realidad y de verdad, si como lo ha venido pregonando la entidad accionada, los recursos que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un principio, se incorporan al FOMAG, solo tiempo después son destinados a cada uno de los docentes. Lo cual, no corresponde a la interpretación que, con autoridad ha hecho el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia de unificación.

(....)

Así las cosas, siendo esta Despacho respetuoso del precedente jurisprudencial antes citado, acoge la tesis de la parte demandante, y en ese sentido concluye que, en virtud del principio de favorabilidad laboral, derivado del artículo 53 Constitucional, al pertenecer al régimen

anualizado de cesantías, resulta acreedora la parte demandante a la sanción moratoria prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y Decreto 1582 de 1998.

Lo anterior significa que las cesantías anualizadas que se causan con corte al 31 de diciembre de cada año, deben liquidarse con base en el salario devengado en ese año y consignarse en el fondo administrador de cesantías – en este caso el FOMAG- antes del 15 de febrero del año siguiente, y, la mora como tal se produce ante el desconocimiento de esa fecha y la consignación en fecha posterior. Por ende, si a partir de ese día surge la obligación denominada “sanción por mora”, la cual, es liquidada con base en el salario que el docente devenga al momento en que surge la mora.

7. EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA. septiembre treinta (30) de dos mil veintidós (2022), Referencia: Rad. 680013333009-2022-00109-00, **Demandante:** LAURA BERMUDEZ PRADA Demandados: Nación–MEN, concretó:

“ Por consiguiente, la vinculación de la demandante como docente oficial con posterioridad a 1990, le hace aplicable el literal b del art. 15 de la ley 91 de 1989, según el cual “Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro”. Siendo una de ellas la Ley 344 de 1996 que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró un sistema de liquidación anualizado de cesantías para las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, la cual fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

Aunado a la interpretación favorable de la Corte Constitucional, por pertenecer la demandante al régimen anualizado de cesantías, mediante la cual se hace extensible a la demandante la sanción moratoria que consagra el numeral 3 del art. 99 de la Ley 50 de 1990, que tiene lugar si no se consignan a favor del trabajador público las cesantías causadas, antes del 15 de febrero del año siguiente.

8. En sintonía con los demás despachos judiciales de Colombia, el juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdo, el 6 de octubre de 2022, Radicado: 27001-33-33-002-2022-00072-00, Demandante: MABEL OBREGON AGUIRRE, dispuso:

“ ... Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria,

esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos

(....)

Bajo el anterior derrotero, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

9. Muy importante el estudio realizado por el Juzgado 5to. Adtivo del Circuito de Quibdo, que en decisión del 25 de octubre de 2022, Radicado: 27001-33-33-005-2022-00122-00, **Docente Demandante: JULIANNE AMUD IBARGUEN** Demandados: Nación–Ministerio de Educación Nacional, prefijo:

“ De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

(....)

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos

(....)

Bajo el anterior derrotero, el despacho considera viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Y por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda.

3. ¿Se encuentra acreditada en el sub lite la causación de la sanción moratoria respecto de las cesantías anualizadas causadas en el año 2020?

Al respecto, el despacho sostendrá la siguiente tesis: se acreditó la causación de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 respecto del auxilio de cesantías de la demandante en el año 2020, comoquiera que demostró los supuestos fácticos para ser beneficiaria de la sanción moratoria que reclama. Ahora bien, de conformidad con los elementos probatorios

que obran en el plenario, y a la luz de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías reclamada en el sub lite no se encuentra prescrita.

10. Desde la Jurisdicción del Valle del Cauca, el Juzgado 2do. Administrativo del Circuito de Buga, el 16 de noviembre de 2022, Radicado: 76-147-33-33-002-2022-00008-00, fue contudente en resolver el derecho a la sanción por mora de un docente a quien no les consignaron sus cesantías el 15 de febrero de 2021, de su trabajo como docente en el año 2020, así:

“... Pues bien, contrario a la tesis de la parte pasiva de esta Litis, este Despacho seguirá la jurisprudencia de unificación proferida por la Corte Constitucional y acogida por el Consejo de Estado la cual fue objeto de análisis al comienzo de estas consideraciones, aplicando el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por resultar más favorable a los derechos de los trabajadores.

En el caso bajo estudio se encuentra demostrado que la parte demandante es docente oficial vinculado al servicio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, tal como se puede concluir del extracto de intereses a las cesantías expedido por el Fomag; por lo que se colige que sería beneficiario del régimen anualizado de cesantías, conforme lo establece el literal b), numeral 3, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, normativa que establece que los educadores que ingresaran a partir del 01 de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, y que además previó la liquidación de las cesantías en forma anualizada.

Lo antepuesto permitiría colegir sin mayores dificultades, que conforme con la Ley 50 de 1990, la fecha límite para el pago de las cesantías del demandante correspondientes a la anualidad 2020, correspondió al 14 de febrero de 2021, pues pese a que el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989 no prevea ni fecha de consignación de las cesantías como tampoco sanción alguna, esto no es óbice para aplicar la primera de las normas, por resultar más favorable al trabajador a la luz del artículo 53 Constitucional, tal como lo dijo la Sentencia SU-098 de 2018.

En este orden de ideas, en lo relacionado con la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías, resulta necesario precisar que no obra prueba en el plenario con la que se haya acreditado la fecha en que tuvo lugar la consignación de las cesantías del demandante correspondientes al año 2020.

(...)

Como contrargumento pudiera pensarse que al aplicar la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a su vez el régimen especial de los decentes, generaría una violación al principio de inescindibilidad o conglobamiento, sin embargo esta tesis no estaría llamada a prosperar pues en este caso no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío normativo, en donde es posible acudir al régimen general.

Conforme a los razonamientos expuestos, se accederá al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en un día de salario por cada día de retardo, a partir del 15 de febrero 2021 hasta tanto se haga efectiva la consignación de las cesantías del demandante correspondientes al año 2020, y cuyo salario

para tasar la sanción será el básico que devengaba el docente al momento de causación de la mora.

11. Aporta una decisión muy clara el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, en sentencia del diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023), Radicado:11001-3342-051-2022-00098-00, **Docente Demandante:** CRISTIAN BERNARDO PARRADO RINCÓN **Demandado:** Nación–MEN, describió su precisa decisión así:

“... Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

(...)

En consecuencia, como el demandante reclamó ante la administración el 5 de agosto de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital- Secretaría de Educación a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere hecho efectivo el pago de las cesantías en el Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por el actor en el momento en que se produjo la mora.

VIII. COMPETENCIA

El H. Consejo de Estado es el competente para conocer del asunto, por la naturaleza del accionante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, modificatorio del Decreto 1069 de 2015, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

IX. JURAMENTO

Manifiesto Honorables Consejeros de Estado, bajo la gravedad de juramento que no he interpuesto otra acción de Tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

X. PRUEBAS

Para que se tengan como pruebas y se hagan valer dentro del trámite del presente proceso:

1. Poder para actuar
2. Sentencia de 41001333300320220019201 de 5/9/2023
3. Sentencias que reconocen la aplicación de la ley 50 de 1990 a los docentes de la educación pública del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional:

CORTE CONSTITUCIONAL				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
1	Exp. T-6.736.200	17 de octubre de 2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 098/2018 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
2	Exp. T-5904426 y otros	25 de julio de 2019	Dr. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 332/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
3	Exp. T-7.182.312 y otros	6 de febrero de 2020	Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 041/2020 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
1	08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)	6 de agosto de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014	24 de enero de 2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
3	11001-03-15-000-2018-04617-01	17 de junio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS – Dr. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
4	11001-03-15-000-2018-04679-01	28 de junio de 2019	Dr. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS	Dra. NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN – Dr. HERNANDO SANCHEZ SÁNCHEZ
5	11001-0315-000-2018-03499-01	29 de julio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
6	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	2 de diciembre de 2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
7	08001-23-33-000-2014-00208-01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
8	08001-23-31-000-2014-00254-01 (4960-2017)	22 de octubre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
9	08001-23-33-000-2014-00132-01	12 de noviembre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
10	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017)	17 de junio de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
11	08001-23-33-000-2015-00331-01	17 de junio de 2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
12	19001-23-33-000-2015-	4 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ

	00445-02(0483-20)			VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
13	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
14	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
15	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
16	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
17	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
18	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
19	76001-23-33-000-2013-00756-01 (2224-2020)	28 de abril de 2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA
20	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
21	47-001-23-33-000-2019-00359-01 (4004-2021)	19 de mayo de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
22	47-001-23-33-000-2019-00376-01 (4462-2021)	1 de julio de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
23	08001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22 de Agosto de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
24	08001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22 de Septiembre de 2022	Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
25	76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)	19 de enero de 2023	Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ	DR. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS – Dr. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ
26	47001-23-33-000-2018-0231-01 (0871-2020)	26 de enero 2023	DR. RAFAEL FRANCISCO GOMEZ	DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ – DR. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

4. Sentencias que reconocen la aplicación de la ley 50 de 1990 a los docentes de la educación pública de los diferentes juzgados del país.

JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO					
No.	RADICADO EXPEDIENTE	F. DECISI ÓN	JUZGADO	JUEZ	LINK
1	66001 3333 001 2022 0002000	23/06/202 2	JUZ. 1 ADTIVO DEL CTO DE PEREIRA	CRISTINA ISABEL SANCHEZ BRITO	https://drive.google.com/file/d/1FvWASLrvJi8R3esBHUySIOKpFkJV2r0_/view?usp=share_link
2	05001 3333 019 2022 0009700	29/07/202 2	JUZ. 19 ADTIVO ORAL DEL CTO DE MEDELLIN	PATRICIA CÓRDOBA VALLEJO	https://drive.google.com/file/d/1gh0tlbcfYvzao_j0EXNBLoHoGoZcuABd/view?usp=share_link
3	70001 3333 002 2022 0007200	09/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO ORAL DEL CTO DE SINCELEJO	LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS	https://drive.google.com/file/d/19wRXwiTSKOzBDMX2PFCpXLX3UDJ33bZh/view?usp=share_link
4	27001 3333 002 2022 0014700	22/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO ORAL DEL CTO DE QUIBDÓ	YUDY YINETH MORENO CORREA	https://drive.google.com/file/d/1z_co3GwzqlMk0IguSFh9mVtrNTxNnCAy/view?usp=share_link
5	76001 3333 002 2022 0006600	27/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO DEL CTO DE GUADALAJARA DE BUGA	JUAN MIGUEL MARTINEZ LONDOÑO	https://drive.google.com/file/d/1r20HKEFYyJXYBoYNGN23A1yOXVgwUTw9-/view?usp=share_link
6	76111 3333 003 2022 0006600	28/09/202 2	JUZ. 3 ADTIVO DEL CTO DE GUADALAJARA DE BUGA	LEIDY JOHANNA URIBE MOLINA	https://drive.google.com/file/d/1D6vgYdY8cbeaEtc2HhXNP_4TLIsVyQid/view?usp=share_link
7	68001 3333 002 2022 0006500	28/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO DEL CTO DE BUCARAMANGA	ARLEY MENDEZ DE LA ROSA	https://drive.google.com/file/d/1ugKaxDUW8FJaof0CeY9SQEtLlbmhHG-7/view?usp=share_link
8	68001 3333 009 2022 00010900	30/09/202 2	JUZ. 9 ADTIVO DEL CTO DE BUCARAMANGA	JAIRO GARCIA SUAREZ	https://drive.google.com/file/d/1-iF0-CQIJHQxoCr54FNHrNJeFWDi7p2j/view?usp=share_link
9	27001 3333 005 2022 0012200	25/10/202 2	JUZ. 5 ADTIVO DEL CTO DE QUIBDÓ	EMILSON MARMOLEJO GARCIA	https://drive.google.com/file/d/1OkqyuX1ApGdUrVluEAomhN-0j3GdY75n/view?usp=share_link
10	11001 3342 051 2022 0009800	19/01/202 3	JUZ. 51 ADTIVO DEL CTO DE BOGOTÁ	NORBERTO MENDIVELSO PINZON	https://drive.google.com/file/d/1CXK0J25HlegDF6nda3dV7KdFETJ2TiXY/view?usp=share_link

5. Expediente digital

https://drive.google.com/drive/folders/1b_ckOBjfoIGUTyRjL547xSj4n5u1EeOj?usp=sharing

XI. NOTIFICACIONES

Al Accionado: Tribunal Administrativo del Huila:

Correo electrónico: sectriadmhui@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Al Accionante: Recibiré notificaciones en la Secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en Carrera 13 No. 15 Norte -35 de la ciudad de Armenia, Quindío.

Correo electrónico yobanylopeznotijud@gmail.com

Atentamente,

YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO
C.C. No. 89.009.237 de Armenia (Q).
T.P. No. 112.907 del C.S. de la Judicatura

**Honorable
CONSEJO DE ESTADO (REPARTO)
Ciudad**

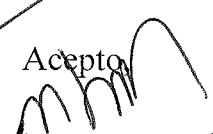
**ASUNTO: PODER
ACCIONANTE: BERTHA DALY GONZALEZ CALDERON
ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
TRAMITE: ACCIÓN DE TUTELA**

BERTHA DALY GONZALEZ CALDERON, mayor de edad, identificado (a) como aparece al pie de mi firma, de la manera más respetuosa, manifiesto por medio del presente escrito que confiero poder especial amplio y suficiente al Doctor **YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO** identificado con la C.C. N° 89.009.237 de Armenia y portador de la T.P. No. 112.907 expedida por el C. S. de la Judicatura para que en mi nombre y representación inicie y lleve hasta su culminación que protejan los derechos fundamentales: **AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO, GARANTÍA A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PERPETUATIO JURISDICTIONIS, SEGURIDAD JURÍDICA, AL DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL**, vulnerado por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA**, con ocasión de la expedición de la sentencia del **09 DE MAYO DE 2023**, dentro del proceso Ordinario Contencioso con Radicado No. 41001-33-33- 003-2022-00192-01

Mi apoderado queda especialmente facultado para recibir notificaciones, conciliar, transigir, desistir, además las de pedir copias, interponer todas las impugnaciones necesarias tendientes a controvertir las decisiones que sean proferidas sin que pueda decirse en momento alguno que actúa sin poder suficiente para la interposición de esta tutela.

Atentamente,


**BERTHA DALY GONZALEZ CALDERON
C.C. 26491860**


**Acepto
YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO
C.C 89.009.237 de Armenia
T.P. 112.907 del C.S. de la J.**

ANTIOQUIA: CRA. 50 # 38-103 AV. PALACE EDIFICIO GUARDA SOL, LOCAL 109 - TEL: 322 0653 - CEL: 317 621 3524 - 310 433 2808. MEDELLÍN. ARAUCA: CRA. 23 # 20-31 BARRIO LA ESPERANZA, CERCA A LA ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DE ARAUCA CEL: 317 682 7927. APARTADO: CRA. 99 # 96-35 C.C. APARTACENTRO OF. 221 - CEL. 310 429 3857. ATLÁNTICO: CRA. 38B# 66-39 SEDE DEL SINDICATO DE EDUCADORES "ADEA" - TEL: (5) 385 4603 - CEL: 310 458 1625 - 310 458 1471 - 310 458 1708. BARRANQUILLA. BOGOTÁ AMÉRICA: CRA. 31A # 25A-26 BARRIO LA GRAN AMERICA JUNTO AL SINDICATO DE EDUCADORES "ADE" - TEL: (1) 695 3312 - (1) 712 4748. CEL: 304 352 1597 - 317 383 0581. BOGOTÁ ESMERALDA: CLL. 44. # 54-78 PISO 3 BARRIO LA ESMERALDA TEL: (1) 805 6620 CEL: 318 510 1768. BOGOTÁ. BOLIVAR: CALLE DEL CUARTEL DEL FIJO CASA DEL EDUCADOR # 36-32 "SUDEB" - TEL: (5) 664 0196 - 664 0187 - CEL: 314 776 2191 - 314 776 3466 - 314 776 4078 - CARTAGENA. BOYACÁ: CLL. 21 # 9 - 62 PRIMER PISO. TEL: (8) 743 0366 CEL: 317 621 7957. TUNJA. CALDAS: CLL. 22 # 23-23 LOCAL 1. EDIFICIO CONCHA LÓPEZ. TEL: (6) 891 2191 CEL: 317 621 8044. MANIZALES. CARTAGO: CLL. 10 # 4-57 C.C. SANTA ANA PLAZA. LOCAL 111 - 112 TEL: (2) 214 4102 CEL: 317 641 1311. CAQUETÁ: CRA. 13 CLL. 13 ESQUINA BARRIO CENTRO LOCAL 1. CEL: 320 371 7053- 318 221 8331. FLORENCIA. CESAR: CLL. 15 # 11-37 BARRIO LOPERENA - CEL: 317 383 0489 - 300 413 4204. VALLEDUPAR. CHOCÓ: CRA. 6# 26-91 BARRIO ALAMEDA REYES LOCAL 2 - TEL: (4) 670 8226 CEL: 322 535 2430. QUIBDO. CORDOBA: CRA. 4 # 26-15 ESQUINA LOCAL 4, PRIMER PISO, DETRÁS DE LA GOBERNACIÓN. CEL: 312 831 0474. MONTERÍA. FACATATIVA: CLL. 8 # 2-58 DIAGONAL A SERVISALUD TEL: (1) 891 3700. GIRARDOT: CLL. 16 # 12-39 AL RESPALDO DEL HOTEL COMFACUNDI - TEL: (1) 835 9832. SOACHA: CLL. 13 # 5-97 C.C. TEQUENDAMA LOCAL 205 - TEL: (1) 900 3124. ZIPAQUIRÁ: CLL. 5 # 10A - 47 BARRIO ALGARRA 1. TEL: (1) 882 8910. GUAJIRÁ: CRA. 7 # 4-05 CEL: 317 576 7473 - 318 562 8777. RIOHACHA. HUILA: CLL. 7 # 6-27 LOCAL 105-106 PRIMER PISO. EDIFICIO CAJA AGARIA - TEL: (8) 871 1118 CEL: 322 705 5130 - 322 706 1337 - 322 705 5138 - 322 706 0079 - 321 393 5130 - 317 666 9275. NEIVA. MAGDALENA: CLL. 22 # 4-70 EDIFICIO GALAXIA, LOCALES 114 Y 115. CEL: 304 637 8833 - 304 242 7511 - 300 201 3543 - 301 336 2018. SANTA MARTA. META: CRA. 26 # 35-09 PISO 4 EDIFICIO ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DEL META "ADEM" - CEL: 317 621 8002 - VILLAVICENCIO. NORTE DE SANTANDER: AV. 6TA # 12-60 CENTRO. TEL: (7) 583 2039 - 572 2676 - CÚCUTA. QUINDIO: CRA. 13 # 15 NORTE - 35 DIAGONAL AL RESTAURANTE LA FOGATA - TEL: (6) 749 7676 - 749 7777 - CEL: 317 641 2381 - ARMENIA. SANTANDER: CRA. 27 # 34-62 PRIMER PISO JUNTO AL SINDICATO DE EDUCADORES "SES" - TEL: (7) 635 0400 - CEL: 317 621 8095 - 317 621 8096. BUCARAMANGA. RISARALDA: CLL. 13 # 6-38 FRENTE AL SINDICATO DE EDUCADORES "SER" - TEL: (6) 333 2366 CEL: 318 409 3878 - 314 777 3965 - PEREIRA. SUCRE: CLL. 22 # 18-10 LOCAL 101 CENTRO. TEL: (5) 271 4129 CEL: 315 726 6992 - SINCELEJO. VALLE DEL CAUCA: CLL. 9 # 4-39 LOCAL 101 Y 104 CENTRO COMERCIAL "TEL CID" CEL: 317 567 2273 - CALLI. ANTIGUOS TERRITORIOS NACIONALES: AMAZONAS, GUAINÍA, GUAVIARE, VAUPÉS, VICHADA: CRA. 26 # 35-09 PISO 4 "CEL: 314 880 3466. VILLAVICENCIO.

El Notario Quinto del Circuito de la
HACE CONSTAR
Que el anterior documento dirigido a _____

Fue Presentado personalmente por _____
Bertha Daly Gonzalez
Identificado con C.C. 26 491860
El Notario

EDUARDO FIERRO MARTINEZ

Daly
26 491860



01 AGO 2023