

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00028-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	RODRIGO GIRALDO BUITRAGO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	034
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-337 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **28 DE FEBRERO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 52 a 56 del archivo “02AnexosDemanda20220002800.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 337 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 56 a 61 del archivo “02AnexosDemanda20220002800.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.586.219 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 74 a 75 del archivo “02AnexosDemanda20220002800.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *13ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *15ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 22AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 23AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha

de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 22AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por las entidades demandadas

El Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, propusieron como excepción la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel

Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Por su parte **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sustenta la excepción en la inexistencia de la obligación al considerar que los recursos con los cuales se financian las prestaciones docentes, concretamente sus cesantías e interés, son pre-giradas al Fondo, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que las demandadas si se encuentran legitimadas para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(..)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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»,

creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la

liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el

	saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a los dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2001 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.586.239 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200028.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(…)

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que

tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$640.086, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar

si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **RODRIGO GIRALDO BUITRAGO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada JOHANNA MARCELA ARISTIZÁBAL URREA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.262.068 y tarjeta profesional No. 299.261 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4fad0cbee68874a033fa1a9cee54abf6097847dcc08b64d8ef56dbbf8e7cba9d**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00065-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JORGE LEONARDO GAITÁN MONTOYA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	035
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM- 259 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **01 DE MARZO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200065.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 259 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200065.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.655.903 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en la página 78 del archivo “02AnexosDemanda202200065.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 20AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 21AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2016 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.655.903 (fls. 78-79 02AnexosDemanda202200065.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$246.266, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **JOSÉ LEONARDO GAITÁN MONTOYA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “21Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **adfd28984aac1426c1de4fe76fbeb28a4b878ca1736d4111aafb72fc642ca1af**
Documento generado en 17/03/2023 04:54:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00074-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NIDIA GUZMÁN RUÍZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	036
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-318 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **01 DE MARZO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02AnexosDemanda202200074.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 318 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02AnexosDemanda202200074.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.263.172 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 73-74 del archivo "02AnexosDemanda202200074.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2006 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.263.172 (fls. 73-72 02AnexosDemanda202200074.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$1.156.795, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **NIDIA GUZMÁN RUÍZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada JOHANNA MARCELA ARISTIZÁBAL URREA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.262.068 y tarjeta profesional No. 299.261 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b209dc8b97ce5df18bb886ba971fcfae5fdd1191bb0dfbfafa6478b996e553db**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HUBERT SADID HENRÍQUEZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	037
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM- 243 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **09 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200075.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 243 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200075.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.655.903 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 73-75 del archivo “02AnexosDemanda202200075.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precisando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a) en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2009 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$7.450.090 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200075.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$1.032.101, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **HUBERT SADID HENRÍQUEZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8bb6319df0a313b45f354a8feb3960ce1604079ad840f2f5f932638c29b0f518**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00077-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	WILLIAM SAAVEDRA ÁLVAREZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	038
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-686 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **31 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **11 DE MARZO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200077.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 243 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200077.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$3.708.418 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 73-75 del archivo “02AnexosDemanda202200077.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *10ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *12ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 20AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 21AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha

de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 22AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. . De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente

es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **3ª).** *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a) en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran incescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones., estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la

Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2015 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$3.708.418 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200077.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$238.572, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **WILLIAM SAAVEDRA ÁLVAREZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f93993b5ef0fe0d56d19480ea6e46634528cda05836bf4bb9b10123bacff2b00**
Documento generado en 17/03/2023 04:54:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00080-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LINA MARÍA FONSECA FONSECA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	039
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-731 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **11 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200080.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 12 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 731 del 12 de octubre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200080.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$3.054.287 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 77-78 del archivo “02AnexosDemanda202200080.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2010 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$3.054.287 (fls. 77-78 02AnexosDemanda202200080.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$747.685, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **LINA MARÍA FONSECA FONSECA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fc62633c52858a66815d658db45aebc128518519db826739a638ca13312f51c1**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00081-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA CATAÑO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	040
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-322 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **14 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200081.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 322 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200081.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.196.707 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 71-72 del archivo “02AnexosDemanda202200081.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(..)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2004 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.196.707 (fls. 71-72 02AnexosDemanda202200081.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$679.528, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **OLGA LUCÍA CATAÑO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **643eb4f3979371fe784c1a8b86da7d0ea937f18b8860672b01f77e8b76d64e6e**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00087-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	CARLOS ALBERTO MONTES CASTRILLÓN
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	041
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-195 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **11 DE MARZO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 60 del archivo "02AnexosDemanda202200087.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 195 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02AnexosDemanda202200087.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$6.611.588 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 73-74 del archivo "02AnexosDemanda202200087.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(..)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2009 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.615.965 (fls. 73-74 02AnexosDemanda202200087.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$500.466, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **CARLOS ALBERTO MONTOYA CASTRILLÓN** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3e2b1c343b7f69f919cd5e3abe0012b917636825405096c263377b889e947f9e**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00088-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARTHA LILIANA GUTIÉRREZ LEAL
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	042
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-654 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **14 DE MARZO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02AnexosDemanda202200088.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 12 de octubre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 654 del 12 de octubre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 53 a 57 del archivo "02AnexosDemanda202200088.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.655.051 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 73-74 del archivo "02AnexosDemanda202200088.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *11ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *13ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 20AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 21AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha

de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 22AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente

es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **3ª).** *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones., estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la

Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2013 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.655.051 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200088.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$481.227, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MARTHA LILIANA GUTIÉRREZ LEAL** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1cdfb7f0392df5c957f3a7d04e617be0a932f9ecff637c57cfa706ffaa115b4c**
Documento generado en 17/03/2023 04:54:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00089-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	OMAR SANTA CAÑAS
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	043
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-606 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **14 DE MARZO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200089.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 12 de octubre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 606 del 12 de octubre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200089.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$6.611.588 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 77-79 del archivo “02AnexosDemanda202200089.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2007 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$6.611.588 (fls. 71-72 02AnexosDemanda202200089.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$1.021.217, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **OMAR SANTA CAÑAS** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a04740d09b9eca403af092f3b0f6fd5e2b3e3dc003b0a0647af4ed8495c242a5**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00095-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JOSÉ MAURICIO TABORDA CARMONA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	044
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-263 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021**, momento que se efectuó el pago.*

*3. Declarar que tengo a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **15 DE MARZO 2022** momento que se efectuó el pago.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,*

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02AnexosDemanda202200095.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 263 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02AnexosDemanda202200095.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.914.119 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en la página 74 del archivo "02AnexosDemanda202200095.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2018 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$6.809.650 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200095.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$247.871, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **JOSÉ MAURICIO CARDONA TABORDA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ebf53e6d0876563b4cde2e996b5b8ff11afcdf004804439abb02948f1601f143**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00097-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARÍA LILIANA BASTIDAS CASTAÑO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	045
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-695 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **16 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02AnexosDemanda202200097.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 12 de octubre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 695 del 12 de octubre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02AnexosDemanda202200097.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.655.903 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en la página 78 del archivo "02AnexosDemanda202200097.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precisando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(..)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2013 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.655.903 (fls. 78-79 02AnexosDemanda202200097.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$390.261, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MARTHA LILIANA BASTIDAS CASTAÑO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme

el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 021a4c290b80eae9aa022a4d61f752e2b2f7236de47aee5f2686c963fddc25ba

Documento generado en 17/03/2023 04:54:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00099-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ALEIDA GARCÍA VILLALOBOS
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	046
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-176 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **17 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200099.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 176 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200099.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.053.223 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 71-72 del archivo “02AnexosDemanda202200099.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con

providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: No hizo uso de esta etapa procesal

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que

presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).
- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.
- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.
- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.
- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

- 1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;*
- 2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.*

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el

indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si

suelo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- *Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”*

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5.** *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.*

6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

***“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial,

siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-

098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más

coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción

moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o

reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.

2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas*

estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

PARÁGRAFO 3o. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

PARÁGRAFO 4o. El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los

planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son

los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de

cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la

administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de

la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los

recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las

partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2010 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.053.223 (fls. 78-79 02AnexosDemanda202200099.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional**

Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$660.854, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón

suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **ALEIDA GARCÍA VILLALOBOS** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE**

EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d09cf2ee893d9952b8f77afd16eb55ed0b5269f3f99b16c73cbe20e792089158**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00100-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	DIANA MILENA LÓPEZ LÓPEZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	047
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-214 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **17 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200100.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 214 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200100.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.261.481 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 74 a 75 del archivo “02AnexosDemanda202200100.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 11ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 13ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la

totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 20AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de

las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que

recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 21AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento,

liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales términos la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal

afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición,

construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que,

entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere**

sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a*

la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2005 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.261.481 (fls. 78-79 02AnexosDemanda202200100.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están

relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$1.077.536, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **DIANA MILENA LÓPEZ LÓPEZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada JOHANNA MARCELA ARISTIZÁBAL URREA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.262.068 y tarjeta profesional No. 299.261 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5ed8edb81711b66092b93074b3fd309133461e33771fb3cd98fd5bba90b1bbc8**
Documento generado en 17/03/2023 04:54:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00101-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARÍA CAMILA ALVIS VEGA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	048
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-510 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **17 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200101.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 510 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200101.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.178.953 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en la página 78 del archivo “02AnexosDemanda202200101.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del (archivo 10ContestacionFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las

pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados,

configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 12ContestacionDepartamentoCaldas.pdf)) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No se pronunció.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No emitió pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos

docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el DEPARTAMENTO DE CALDAS si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del

empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“(….)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- *Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”*

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **3ª).** *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y **2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022**) que establece

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones., estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99

ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a

las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la

programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2ª. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2015 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.178.953 (fls. 78-79 02AnexosDemanda202200101.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$370.824, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MARIA CAMILA ALVIS VEGA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada ROSANNA LISETH VARELA OSPINO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 55.313.766 y tarjeta profesional No. 189.320 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b0174014034f22030fd88070d757b27d57860ddf846abe77c51c6ca48ced6b45**

Documento generado en 17/03/2023 04:54:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00103-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	BLANCA RUBY SANTA CRUZ DE LOS RÍOS
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	049
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-337 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **22 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200103.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 415 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200103.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.100.609 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 81 -83 archivo “02AnexosDemanda202200103.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *13ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *15ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 21AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha

de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 20AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente

es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **3ª).** *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a) en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones., estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la

Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 1992 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.100.209 (fls. 82-23 02AnexosDemanda202200103.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$359.929, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **BLANCA RUBY SANTA CRUZ DE LOS RÍOS** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **25f7c86a6032814cdfbb9fdc1dd8aa0634d182c1afaf8fd45235a16d17f63797**
Documento generado en 17/03/2023 04:54:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00106-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARTHA AMPARO MARÍN VELÁSQUEZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	050
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-337 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **22 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200106.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 411 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200106.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.101.415 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 81 -83 archivo “02AnexosDemanda202200106.pdf” del expediente*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *12ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a

la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *10ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha

de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 21AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente

es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **3ª).** *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a) en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la

Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 1996 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.101.415 (fls. 82-23 02AnexosDemanda202200106.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$1.525.910, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MARTHA AMPARO MARÍN VELÁSQUEZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada ROSANNA LISETH VARELA OSPINO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 55.313.766 y tarjeta profesional No. 189.320 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **10255880c8d3880253645a105993d3785e522cee78343ba443a3c9aade4a76e**
Documento generado en 17/03/2023 04:55:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00108-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUCY JANETH BUILES VÁSQUEZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	051
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-337 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el **27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.**

3. Declarar que tengo a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día **22 DE MARZO 2022 momento que se efectuó el pago.**

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99,

equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - *al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, *dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN *de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200108.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 396 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo “02AnexosDemanda202200108.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.096.649 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 73 -75 archivo “02AnexosDemanda202200108.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *12ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a

la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *10ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 20AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 22AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha

de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 21AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente

es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **3ª).** *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones., estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la

Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 1990 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.096.649 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200108.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$359.756, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **LUCY JANETH BUILES VÁSQUEZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “20AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1dce74590059e79ba875eb2303284a74a82a12ff61e4a356419d093314afc11d**
Documento generado en 17/03/2023 04:55:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00122-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA GARCÍA VALENCIA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	052
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-324 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 62 a 65 del archivo “02AnexosDemanda202200122.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 324 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 56 a 61 del archivo "02AnexosDemanda202200122.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.661.9847 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 77-78 del archivo "02AnexosDemanda202200122.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *06ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de

diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la

“consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *08ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras

prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivos 15 y 16AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 17AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la

cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 18AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).
- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a

través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

“(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto

1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

***“ARTÍCULO 12.-** Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

***“ARTÍCULO 17.-** Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”*

³ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 [0833-16] CE-SUJ-SII-022-2020

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.
5. 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.
6. 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.

7. 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.”

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).*”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen

pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

***“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes

nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3°, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3° 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y

segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que *“se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador”* y culmina ordenando *“a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”*

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías

de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los

docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores*

salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y

8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman del patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico

interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para

la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se

comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba

hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2ª. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2004 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.681.987 (fls. 77-78 02AnexosDemanda202200122.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$318.288, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **LUCY JANETH BUILES VÁSQUEZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “17AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “17AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0cf0e2309bd481b7b5b5cd90fa364b7808a0ab601868baf9a1723ee374e04a5f**

Documento generado en 17/03/2023 04:55:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00123-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	IVÁN DARÍO SÁNCHEZ CARDONA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	053
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-558 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 62 a 65 del archivo “02AnexosDemanda202200123.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 558 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 56 a 61 del archivo "02AnexosDemanda202200123.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$3.053.307 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 71-72 del archivo "02AnexosDemanda202200123.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contestó la demanda.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *06ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo13AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 14AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha

de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 15AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente

es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(..)

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **3ª).** *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones., estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la

Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2015 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$3.053.307 (fls. 71-72 02AnexosDemanda202200123.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$215.459, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **IVÁN DARÍO SÁNCHEZ CARDONA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “17AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada ROSANNA LISETH VARELA OSPINO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 55.313.766 y tarjeta profesional No. 189.320 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “17AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 88f5e461b3ce03a8d2d3bfc2d530db431d8b658fe9beb1096717907a7546b59c
Documento generado en 17/03/2023 04:55:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00124-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JOSÉ ANÍBAL HERRERA QUIROGA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	054
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-527 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 62 a 65 del archivo “02AnexosDemanda202200124.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 527 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 56 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200124.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.053.223 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 78 – 79 del archivo “02AnexosDemanda202200124.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *06ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*” expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de

diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la

“consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *08ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras

prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 15AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 16AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la

cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 17AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).
- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a

través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

“(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto

1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

³ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 [0833-16] CE-SUJ-SII-022-2020

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.
5. 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.
6. 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.

7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen

pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

*“**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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes

nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3°, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3° 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y

segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que *“se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador”* y culmina ordenando *“a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”*

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías

de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los

docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores*

salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y

8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico

interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negritas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para

la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se

comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba

hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2ª. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2010 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.053.223 (fls. 77-78 02AnexosDemanda202200124.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$593.006, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **JOSÉ ANÍBAL HERRERA QUIROGA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “16AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “16AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d5f8173d53d11b5ad79d4f82ff8e682f3f03a5c74f14b3e1ebe1d12783728a2a**

Documento generado en 17/03/2023 04:55:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00167-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	VÍCTOR MARIO AGUIRRE MUÑOZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	055
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **NOM-668 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2021**, expedido por **CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA**, donde niegan el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

*3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 61 a 64 del archivo “02AnexosDemanda202200167.pdf” del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 12 de octubre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 668 del 12 de octubre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 55 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200167.pdf” del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$3.052.793 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en la página 76 archivo “02AnexosDemanda202200167.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo *12ContestacionDemandaFomag.pdf*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés

que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la

posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *10ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras

prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 22AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 23AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la

cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 21AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).
- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a

través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

“(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto

1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

³ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 [0833-16] CE-SUJ-SII-022-2020

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.
5. 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.
6. 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.

7. 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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen

pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

***“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes

nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3°, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3° 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y

segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que *“se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador”* y culmina ordenando *“a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”*

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías

de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los

docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

***“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores*

salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y

8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico

interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para

la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se

comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba

hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2ª. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2015 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$3.052.793 (fls. 76-77 02AnexosDemanda202200167.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$498.446, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **VÍCTOR MARIO AGUIRRE MUÑOZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ba419cbdf3849bcac2ab804802da157e59b8b0a11cd4bb70e7b496bc56317a2e**

Documento generado en 17/03/2023 04:55:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00196-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JAIME EDUARDO LONDOÑO RUBIO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	056
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 24 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el **MUNICIPIO DE MANIZALES** (sic), el día 24 de agosto de 2021, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es*

equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial - *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020, petición que fue recibida el 24 de agosto de 2021. *Hecho documentado en las páginas 56 a 59 del archivo “02AnexosDemanda202200196.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.655.903 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 74-75 del archivo “02AnexosDemanda202200196.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 012ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del

FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *08ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los

recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada

año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 20AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año

a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 21AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el

trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*

- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).
- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.
- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- *Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*

“a)

“(...)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- *Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”*

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales,*

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a) en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998...

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán*

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un

escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que *“se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador”* y culmina ordenando *“a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”*

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma

especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos

fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas

resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

***“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para*

educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1.Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales

de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000

Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor

de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2ª. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3ª. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2013 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.655.903 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200196.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$593.407, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable

el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **JAIME EDUARDO LONDOÑO RUBIO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada ROSANNA LISETH VARELA OSPINO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 55.313.766 y tarjeta profesional No. 189.320 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “23AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **414df6b39ce121a7c97ffe325fb6dbd2d16d3b3c02b1e73babcc9e8d42d6bb50**

Documento generado en 17/03/2023 04:55:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00200-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ANGÉLICA MARÍA GUERRA VALENCIA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	057
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **24 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **MUNICIPIO DE MANIZALES** (sic), el día **24 de agosto de 2021**, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es*

equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020, petición que fue recibida el 24 de agosto de 2021. *Hecho documentado en las páginas 55 a 58 del archivo “02DemandaAnexos202200200.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.440.951 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 68-69 del archivo “02AnexosDemanda202200200.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 012ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del

FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *10ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los

recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 19AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada

año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 21AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año

a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 20AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el

trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*

- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).
- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.
- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- *Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*

“a)

“(...)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- *Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”*

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales,*

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.*
- 7. 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.”

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a) en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998...

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán*

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un

escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que *“se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador”* y culmina ordenando *“a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”*

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma

especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos

fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas

resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para*

educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1.Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

*2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibídem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales

de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000

Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor

de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2ª. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3ª. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2018 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.440.951 (fls. 68-69 02AnexosDemanda202200200.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$425.230, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable

el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **ANGÉLICA MARÍA GUERRA VALENCIA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada LUZ KARIME RICAURTE CHAKER, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.066.747.181 y tarjeta profesional No. 315.521 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “21AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz García
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cd32b3233a0ea428c83a63f6053e525df1a8fb474786682bcd3305c2bceaec71**

Documento generado en 17/03/2023 05:03:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00255-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARÍA CLEMENCIA FIGUEROA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	058
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **24 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **24 de agosto de 2021**, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

*3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las *SANCIONES MORATORIAS* reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial - *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 57 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200255.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$6.473.128 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 71-72 archivo “02AnexosDemanda202200255.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 007ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del

FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al men- fomag.” “imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del fomag”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo 08ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 16AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en

cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 18AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se

reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 17AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable

el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación*

de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?

- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por las entidades demandadas

El Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, propusieron como excepción la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Por su parte **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sustenta la excepción en la inexistencia de la obligación al considerar que los recursos con los cuales se financian las prestaciones docentes, concretamente sus cesantías e interés, son pre-giradas al Fondo, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración,

gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que las demandadas si se encuentran legitimadas para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.

7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,

mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

*“**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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su

vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en

razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento

por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

3. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
4. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
5. *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
6. *Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
7. *Los bonos pensionales, y*
8. *Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará*

con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de

la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la

información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del

trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2009 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$6.473.128 (fls. 71-72 02AnexosDemanda202200255.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$711.137, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MARÍA CLEMENCIA FIGUEROA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo *“018AlegatosFomag.pdf”* del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada LUZ KARIME RICAURTE CHAKER, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.066.747.181 y tarjeta profesional No. 315.521 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN

NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “018Alegatos*Fomag.pdf*” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **70dc78f6d21f5585f336d39e33b6af045548b211e0a14a6bb92b3a8d90d5a5a5**

Documento generado en 17/03/2023 05:03:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00268-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUZ ADRIANA HERNÁNDEZ VILLEGAS
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	059
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **04 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **04 de agosto de 2021**, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 57 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200268.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.443.674 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 69-70 del archivo “02AnexosDemanda202200268.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contestó la demanda.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *06ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos

que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo13AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilitosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 15AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 14AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el

Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley

91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas si se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- *Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*

“a)

“(..)

“f) *Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.*

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.
5. 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.
6. 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.

- 7.** *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de las demás normas legales vigentes sobre cesantías,

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

***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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

*“**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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su

vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en

razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento

por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

3. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
4. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
5. *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
6. *Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
7. *Los bonos pensionales, y*
8. *Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará*

con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de

la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la

información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del

trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (…)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2005 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.443.674 (fls. 69-70 02AnexosDemanda202200268.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$978.535, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **LUZ ADRIANA HERNÁNDEZ VILLEGAS** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “17AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada LUZ KARIME RICAURTE CHAKER, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.066.747.181 y tarjeta profesional No. 315.521 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “17AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a8de7e27e644edfa49d9e5e64d2c5a9c05de16fdf11ddeedfb3f7cf230c9bc3a**

Documento generado en 17/03/2023 05:03:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00269-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUISA FERNANDA GALVEZ DELGADO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	060
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **04 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **04 de agosto de 2021**, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la entidad territorial - *DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 57 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200269.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$6.473.128 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en la página 76 archivo “02AnexosDemanda202200269.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 08ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del

FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al men- fomag.” “imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del fomag”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *10ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 17AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en

cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 19AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se

reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 18AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable

el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación*

de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?

- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por las entidades demandadas

El Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, propusieron como excepción la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Por su parte **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sustenta la excepción en la inexistencia de la obligación al considerar que los recursos con los cuales se financian las prestaciones docentes, concretamente sus cesantías e interés, son pre-giradas al Fondo, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración,

gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que las demandadas si se encuentran legitimadas para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.

7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,

mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. *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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

*“**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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su

vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en

razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento

por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

3. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
4. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
5. *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
6. *Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
7. *Los bonos pensionales, y*
8. *Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará*

con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de

la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la

información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del

trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2011 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.653.422 (fls. 76-77 02AnexosDemanda202200269.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$270.859, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **LUISA FERNANDA GALVEZ DELGADO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo *“019AlegatosFomag.pdf”* del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada LUZ KARIME RICAURTE CHAKER, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.066.747.181 y tarjeta profesional No. 315.521 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN

NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “019AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **df1587905ea838606fb28fc50ce1be56cafaa95d254e09494b6da35e55750197**

Documento generado en 17/03/2023 05:03:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00302-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MÓNICA ANDREA OROZCO COCA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	061
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **24 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **24 de agosto de 2021**, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

*3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 57 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200302.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$7.735.460 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 70-71 archivo “02AnexosDemanda202200302.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 08ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del

FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al men- fomag.” “imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del fomag”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *10ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 17AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en

cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 19AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se

reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 18AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable

el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación*

de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?

- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por las entidades demandadas

El Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, propusieron como excepción la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Por su parte **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sustenta la excepción en la inexistencia de la obligación al considerar que los recursos con los cuales se financian las prestaciones docentes, concretamente sus cesantías e interés, son pre-giradas al Fondo, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración,

gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que las demandadas si se encuentran legitimadas para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.

7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,

mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

*“**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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su

vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en

razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento

por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

3. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
4. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
5. *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
6. *Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
7. *Los bonos pensionales, y*
8. *Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará*

con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de

la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la

información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del

trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2010 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$7.735.460 (fls. 76-77 02AnexosDemanda202200302.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$281.571, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MÓNICA ANDREA OROZCO COCA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo *“019AlegatosFomag.pdf”* del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería al abogado MAIKOL STEBELL ORTÍZ BARRERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.019.058.657 y tarjeta profesional No. 301.812 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN

NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “019AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6e12aa8f6a2e819dc57556a9c3a858510fdec53c052d6fd97e77738641a48c70**

Documento generado en 17/03/2023 05:03:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00304-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	YESID NOVOA BRAVO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	062
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

*1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **10 de diciembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **10 de septiembre de 2021**, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la **INDEMNIZACIÓN**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

*2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

*3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020, petición que fue recibida el 10 de septiembre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 57 a 60 del archivo “02AnexosDemanda202200304.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.928.274 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 69-70 del archivo “02AnexosDemanda202200304.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 06ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del

FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “prescripción”, “caducidad”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”*.

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *10ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los

recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 15AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada

año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 17AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año

a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 16AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el

trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*

- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por las entidades demandadas

El Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, propusieron como excepción la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Por su parte **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sustenta la excepción en la inexistencia de la obligación al considerar que los recursos con los cuales se financian las prestaciones docentes, concretamente sus cesantías e interés, son pre-giradas al Fondo, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

“(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación

certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que las demandadas si se encuentran legitimadas para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
- 5. 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.*
- 6. 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.

7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...).”*

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,

mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. *Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

*“**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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su

vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en

razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, **Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento

por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

3. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
4. *El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
5. *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
6. *Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
7. *Los bonos pensionales, y*
8. *Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará*

con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de

la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

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.

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la

información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»*

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del

trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(...) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)*

***ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2005 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.928.274 (fls. 69-70 02AnexosDemanda202200304.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación de las cesantías*”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$198.465, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y la de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*, propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y la de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **YESID NOVOA BRAVO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “019AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “019AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0979e3afe797c0f6ac88e56d302cf748b5cb47381897adb355e24cf95b8d61d5**

Documento generado en 17/03/2023 05:03:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00319-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA MONTES ZULUAGA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	063
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 029 DEL 21 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 04 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el DEPARTAMENTO DE CALDAS, el día 04 de agosto de 2021, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria*, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN* - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las *SANCIONES MORATORIAS* reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN*, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL* y a la *entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN* de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 57 a 61 del archivo “02AnexosDemanda202200319.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.101.415 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 72-73 archivo “02AnexosDemanda202200319.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 06ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del

FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al men- fomag.” “imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del fomag”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

2.3.2. El Departamento de Caldas (archivo *08ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e *“Inexistencia de la obligación”*.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 15AlegatosDemandante.pdf):

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en

cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente 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, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: No presentó alegatos dentro de la oportunidad legal.

2.5.3. Departamento de Caldas (*archivo 17AlegatosDeptoCaldas.pdf*): Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que los recursos para el pago de prestaciones de docentes material y físicamente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas, la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A, por lo que el Departamento de Caldas no puede disponer, ni siquiera ante eventos de emergencia, de dichos dineros, pues nunca hacen parte física y materialmente hablando del presupuesto del Departamento de Caldas.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías indicó que estos ni siquiera surten algún trámite en la entidad territorial, tanto el reconocimiento y pago lo realiza directamente la entidad del orden nacional.

Refirió que para el presente caso, es evidente que, si la parte demandante pretende el reconocimiento de un derecho del orden privado, también se deben aplicar las demás fuentes del derecho de dicha área, tal como lo es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el remoto evento, de que el Despacho considere que la Ley 50 de 1990 le es aplicable el sector docente, debe valorar la actitud de las entidades demandadas y, en el presente caso, es evidente que se está frente al firme convencimiento de que el trámite asignado por la Ley es el contenido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, como régimen exceptuado, por lo que la actuación de las demandadas siempre ha estado revestida de la buena fe.

Reiteró que el procedimiento actual de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales ha sido determinado por la Ley y su forma de ejecución es determinado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- y el ente territorial no tiene ni voz, ni voto en el proceso, solo cumple con la delegación legal.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente

representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- *¿Es procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por las entidades demandadas

El Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, propusieron como excepción la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma que, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel

Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Por su parte **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sustenta la excepción en la inexistencia de la obligación al considerar que los recursos con los cuales se financian las prestaciones docentes, concretamente sus cesantías e interés, son pre-giradas al Fondo, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

“(…)

Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(...)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que las demandadas si se encuentran legitimadas para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934¹, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945², se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946³ replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial⁵, ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6^a de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

¹ «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.

[...]

ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;

c). En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

² Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

³ **«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»**

⁴ «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

⁶ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

“ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

“a)

“(...)”

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

“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.*
5. *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.*
6. *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.*
7. *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.”*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema⁷.

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: **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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)*”.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de 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).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

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...*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el párrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

“Artículo 2º:

(...)

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En el numeral 1º del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3º del artículo en cita, reza:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

“Artículo 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

Y aunque la Ley 91 de 1989 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 su artículo 13:

“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”.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002⁸, señaló en su artículo 3º, que *“los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996**, que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria 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, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado 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, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que 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, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectual que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto

es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la *ratio decidendi*, siendo los *obiter dictum*, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran inescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi* de la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.
2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.
3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.
6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.
7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.
8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la

sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que “se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador” y culmina ordenando “a la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo 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.”

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de

manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 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», que como se expuso, no se equiparan 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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

“El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**,

si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2002 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

“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.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.*
- 7. Los bonos pensionales, y*
- 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo

serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo [357](#) de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

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 l a 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.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

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

(...)

*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.*

(...)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman del patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

De lo que concluye el Fondo que *“el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia”*.

En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescsantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el **05 DE FEBRERO DE 2021**. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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»,

creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por 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.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la

liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «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, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «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.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha

y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de

cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

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.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

*“(…) **ARTÍCULO TERCERO:** Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del*

Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año” (...)

ARTICULO CUARTO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses **en el mes de marzo**, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (...)*” Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 1994 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.101.415 (fls. 72-73 02AnexosDemanda202200319.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989⁹ se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las

⁹ **ARTÍCULO 4.** 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, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(...)

cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría “*consignación*

de las cesantías”, no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$387.624, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021

contemplada en el artículo de la Ley, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de *“IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”*, *“PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”*, *“INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”* propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **OLGA LUCÍA MONTES ZULUAGA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo “018AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería al abogado MAIKOL STEBELL ORTÍZ BARRERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.019.058.657 y tarjeta profesional No. 301.812 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “018AlegatosFomag.pdf” del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz García
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6b2ce7601a9b7cce3b722d8d2b95de0904056e448854ea7870a3284d4fcd0236**

Documento generado en 17/03/2023 05:03:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>